

جامعة محمد الصديق بن يحيى / جيجل/

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



محاضرات أقيمت على طلبية السنة الثانية ماستر

التخصص: القانون الخاص للأعمال

## محاضرات في مادة قانون التجارة الدولية

من إعداد الأستاذ:

د. موكه عبد الكريم

Dr. MOUKA | ABDELKRIM

## قائمة المختصرات المعتمدة في المطبوعة

### أولاً: باللغة العربية

- ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق م: قانون مدني

### ثانياً: باللغة الأجنبية

- **Cass** : Cour de Cassation
- **CCI**: chambre du commerce international.
- **CNUCED** : Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement.
- **CNUDCI** : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International,
- **Incoterms** : contraction de l'expression anglaise International commercial terms.
- **LGDJ**: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- **OCDE**: Organisation de coopération et de développement économiques.
- **OHADA** : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
- **OMC** : Organisation Mondiale du Commerce.
- **Op.cit** : *Oper citato*, (référence précédemment citée).
- **ORD** : Organe de Règlement des Différends (O.M.C)
- **P** : Page.
- **RASJEP** :Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques.
- **RBDI**: Revue Belge de Droit International
- **RCJB**: Revue critique de jurisprudence belge
- **RDAI** : Revue Droit des Affaires Internationales.

- **RDC** : Revue des contrats.
- **RDIDC**: Revue de droit international et de droit comparé
- **Rec-Dal** : Recueil Dalloz
- **Rev-Arb** : Revue de l'arbitrage
- **Rev. crit. DIP**: Revue critique de droit international privé.
- **RJT** : Revue Juridique THEMIS.
- **RRJ** : Revue de la Recherche Juridique -Droit prospectif.
- **RTD-civ** : Revue Trimestrielle de Droit Civil.
- **RTD-com** : Revue Trimestrielle de Droit Commercial
- **S**: Suite.
- **Spec**: Spécialement
- **Vol** : Volume.

Cours droit du commerce international- Master II Droit privé des Affaires Mr MOUKA

## مقدمة

تعتبر التجارة من القطاعات الأساسية في اقتصاد أي دولة. لأنها تعتبر أحد مكونات النشاط الاقتصادي التي تقوم أساساً على المبادلة. وبطبيعة الحال فإن التجارة تطورت مع تطور المبادلة واتساع رقعتها بسبب توفر وسائل الاتصال والمواصلات، فلم تعد تقتصر بين أفراد بلد واحد بل تعدى الأمر إلى التبادل التجاري بين الدول أي التجارة الخارجية، بالإضافة إلى ظهور شركات عالمية تتمتع بالتجارة الدولية في مجالات عديدة ومتنوعة.

في عالم تتزايد فيه المعاملات لتبادل السلع والخدمات من أجل إرضاء وإشباع حاجيات الدول بمختلف مراكزها الاقتصادية، وتدفق لرؤوس الأموال من أجل الاستثمار في مختلف المجالات وفي مختلف أنحاء العالم، استوجب على المتدخلين في هذا المجال البحث عن إطار قانوني يمارس فيه هذا النشاط واستحداث مؤسسات متخصصة في مجال تنظيم نشاط تبادل السلع والخدمات.

قبل الحديث عن القواعد القانونية المنظمة لعمليات تبادل السلع والخدمات، استوجب الحديث عن المعاملات التجارية التي يمكن أن تكون إما وطنية أو دولية، فالأولى تكون في إقليم دولة واحدة بينما الثانية فإن المعاملات تتعدى إقليم الدولة إلى إقليم دولة أخرى وقد يكون نتيجة لاختلاف في جنسية المتعاملين أو وجود السلعة في دولة أخرى، وهذا يثير تساؤل في أنظمة قانونية للدول المختلفة وإشكالية تحديد القانون الذي يحكم العلاقة، مدى اختصاص قانون دولة لتنظيم العلاقة ومدى ملاءمته لذلك؟ بسبب هذه الإشكالات استوجب البحث عن قواعد قانونية تنظم المبادلات التجارية الدولية.

من أجل المساهمة في تنظيم التجارة الدولية ظهرت منظمات ساهمت في تفعيل نشاط التبادل التجاري الدولي وتنظيمه كالمنظمة العالمية للتجارة OMC، ولجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية التي تساهم في توحيد الأحكام والمبادئ المنظمة خاصة لعقود التجارة الدولية، بالإضافة إلى بعض الهيئات المتخصصة في مجال التجارة الدولية كالمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (روما، إيطاليا)، وغرفة التجارة الدولية. فهذه الأخيرة بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية والاتفاقيات الثنائية والعقود النموذجية ساهمت بقدر كبير في وضع مبادئ وقواعد تنظم التصرفات التعاقدية التي تدخل في إطار التجارة الدولية. بالتالي فالحديث عن قانون التجارة الدولية، إنما يتعلق أساساً في دراسة المبادئ والقواعد المنظمة للتجارة الدولية، وذلك من أجل أن تساهم الدول والأشخاص الفاعلين في هذا المجال للوصول إلى توحيد لقواعد التجارة الدولية، نظراً لقيام المعاملات التجارية الدولية على الحرية ومبدأ سلطان الإرادة وهذا ما يؤكد قيام قانون التجارة الدولية أساساً على المبادئ التي تفرزها عقود التجارة الدولية.

يتم التطرق إلى مختلف المحاور التي يتناولها قانون التجارة الدولية في المحاضرات وفقا لهذا التسلسل:

المحور الأول: مدخل إلى قانون التجارة الدولية (مفاهيم ومقاربات)

المحور الثاني: مصادر قانون التجارة الدولية

المحور الثالث: توحيد قواعد التجارة الدولية (الحديث عن دور <sup>1</sup> CNUDCI و CNUCED و

Les Principes d'Unidroit و OMC et CCI والحديث عن

المحور الرابع: أشخاص قانون التجارة الدولية (الفاعلين في مجال التجارة الدولية)

المحور الخامس: عقود التجارة الدولية (أنواعها، مفاوضاتها).

المحور السادس: إشكالات تنفيذ عقود التجارة الدولية والقانون واجب التطبيق عليها.

المحور السابع: تسوية منازعات عقود التجارة الدولية

<sup>1</sup> - CNUDCI = (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International), CNUCED (Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement).

## المحور الأول: مدخل إلى قانون التجارة الدولية

يعتبر قانون التجارة الدولية من المواضيع التي عرفت اهتماماً واسعاً من المجتمع الدولي خلال السنوات الأخيرة، وما دليل ذلك أن منظمة الأمم المتحدة اعترفت به رسمياً وأنشأت له لجنة خاصة به تحمل اسم لجنة قانون التجارة الدولية، كما أن غرفة التجارة الدولية ساهمت بكثير في تطويره من خلال الحفاظ على تطبيق مبادئه في مختلف المنازعات المطروحة على منصة التحكيم الخاصة بها.

إن الاهتمام بدراسة والبحث في مضمون قانون التجارة الدولية يساهم في إيجاد حلول وضعية عملية للمعاملات التجارية الدولية بعيداً عن النصوص القانونية الوطنية وبعيداً عن اختصاص القضاء الوطني، من خلال منح الحرية للمتدخلين في هذا المجال التفاوض من إبرام معاملاتهم (عقود التجارة الدولية) والبحث عن حل لمنازعاتهم وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة من خلال تحديد القانون الذي يحكم العلاقة العقدية والجهة القضائية المختصة أو اللجوء إلى الحلول الودية.

### المبحث الأول : مفهوم قانون التجارة الدولية

يقول الأستاذ <sup>2</sup> **HUGUES Kenfack** "أن قانون التجارة الدولية تكمن مهمته الأساسية في تحديد القواعد واجبة التطبيق على معاملات التجارة الدولية، واصله يكمن في عدم وجود قانون موحد، كما يضيف الأستاذ أن موضوع تسوية المنازعات يكمل مضمون وأحكام هذا القانون".

أن القول بعدم وجود أصل محدد وقواعد موحدة لتنظيم معاملات التجارة الدولية، يبين حقيقة صعوبة تحديد مفهوم قانون التجارة الدولية وتحديد مضمونه، غير أنه وبالتمعن في الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف والثنائية وقواعد الأعراف وعادات التجارة الدولية يمكن الوصول إلى وضع تعريف معين لقانون التجارة الدولية.

**المطلب الأول: تعريف قانون التجارة الدولية:** في تحديد تعريف لقانون التجارة الدولية، اختلف الفقه حول هذا لموضوع، إذ الاتجاه الأول اعتمد على النشاط والمعاملات التجارية الدولية (التعريف الواسع) والاتجاه الثاني نابع من القواعد الموضوعية المكرسة في الاتفاقيات الدولية وأعراف التجارة الدولية (التعريف الضيق).

<sup>2</sup> - " le droit du commerce international a traditionnellement pour fonction de fixer les règles applicables aux opérations du commerce international. son originalité réside dans l'absence d'un droit unique.... elle est complétée par celle du règlement de litiges du commerce international", voir **HUGUES Kenfack**, droit du commerce international, Dalloz, paris, 2009, p07.

إن قانون التجارة الدولية مجموعة الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة المبرمة في مجال معين، بالإضافة إلى العرف التجاري الدولي السائد في علاقة تجارية معينة، من خلال ما سبق يتبين أن قانون التجارة الدولية ينطوي على العقود التجارية الدولية بمعنى مجموعة القواعد المتصلة بالقانون الخاص التي تسري على النشاط التجاري الدولي، فقانون التجارة الدولية عبارة عن مجموعة القواعد والمبادئ واجبة التطبيق بصفة تفصيلية على العلاقات التجارية ذات البعد الدولي. فدوره في هذه الحالة تنظيمي يسعى إلى ضبط مجتمع محدد (التجار والمتعاملين الاقتصاديين المتدخلين في مجال التجارة الدولية) وتجميع قواعده لحكم المعاملات التجارية الدولية بغض النظر عن النظام الاقتصادي والقانوني الذي يسود في كل دولة من الدول، وفي هذه النقطة يؤكد الأستاذ DELEBEQUE Philippe أن قانون التجارة الدولية ما هو إلا نتيجة أو ثمرة المعاملات التجارية الدولية التي يحترفها المتعاملون المتخصصون في مجال التجارة الدولية بما فيها الدولة كمتعامل، كما أنه يؤكد على كون هذا الفرع من القانون المستقل أنه مجموعة من القواعد والمبادئ ذات طبيعة خاصة تسعى إلى تنظيم عقود التجارة الدولية<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: التعريف الموسع لقانون التجارة الدولية: استقر فقه هذا التوجه على تعريف

قانون التجارة الدولية بتغليب طبيعة القواعد التي تضبط نشاط ومعاملات التجارة الدولية.

" يقصد به مجموعة القواعد والمبادئ المستمدة من الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية، والقانون النموذجي (نمطي) الصادر عن لجنة قانون التجارة الدولية لهيئة الأمم المتحدة والعقود النموذجية والشروط العامة للعقود الدولية والعادات وأعراف التجارة الدولية"

من خلال هذا التعريف يتبين أن هذا الفرع من القانون له عدة مصادر مختلفة، وإن قواعده غير موحدة ومحددة، بالتالي يمكن لنا الاستخلاص أن قانون التجارة عبارة عن مجموعة من القواعد الموضوعية المعدة لحكم العلاقات التجارية الدولية المستمدة من الاتفاقيات الدولية وأحكام العقود الدولية.

### نقد: إن الاعتماد على هذا التعريف مفاده عدم وجود قواعد محددة وموحدة يتم الاعتماد عليها

لتطبيقها على معاملات التجارة الدولية، وهذا ما يؤدي لمحالة إلى عدم استقرار المعاملات وكثرة النزاعات.

### الفرع الثاني: التعريف الضيق لقانون التجارة لدولية: لم يستقر فقه قانون التجارة

الدولية على تعريف محدد لقانون التجارة الدولية نظرا لتشعب المواضيع التي يتناول هذا القانون.

<sup>3</sup> - DELEBEQUE Philippe & JACQUET Jean-Michel, Droit du commerce international, Dalloz, paris, 2007, p 07.

"هو مجموعة القواعد التي تسري على العقود التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر" هذا التعريف جاء في التقرير الذي أعدته أمانة الأمم المتحدة والذي عرضته على الجمعية العامة لسنة 1965 أثناء البحث عن إنشاء لجنة خاصة بقانون التجارة الدولية.

يقول الأستاذ محسن شفيق في هذا الصدد أن هذا التعريف هو المتفق عليه بين الفقه، إذ يعبر على القواعد الموضوعية التي تتجاوز حدود الدولة لتحكم علاقات تعاقدية التي تنشأ في إقليم أكثر من دولة، واستعمال مصطلح قواعد موضوعية يعبر عنه لا يعتبر توحيداً لقواعد الإسناد الوطنية، إنما هي قواعد محددة خاصة تفصل في الإشكالات التي تطرحها عقود التجارة الدولية.

نقد: إن القول بأن قانون التجارة الدولية ينظم العقود الخاصة التي تعقد بين الدول، أمر نسبي وغير دقيق لأنه في هذه الحالة هناك استبعاد لأحد المتعاملين والمتخصصين في مجال التجارة الدولية الذي ساهموا في إعداد هذا القانون ألا وهو الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص (الشركات التجارية).

**الفرع الثالث: التعريف الجامع لقانون التجارة الدولية:** يقصد به "مجموعة القواعد الموضوعية المتعلقة بتنظيم معاملات المتدخلين في مجال التجارة الدولية". ففي هذه الحالة تكون المعاملات التجارية الدولية (العقود الدولية) تكون منظمة بموجب القواعد الموضوعية المعدة سلفاً من الهيئات المتخصصة لذلك.<sup>4</sup>

من خلال التعاريف والمقاربات السابقة لقانون التجارة الدولية يمكن لنا استخراج العديد من الخصائص التي يتميز بها هذا الفرع القانوني المستقل، ونذكر منها ما يلي:

### المطلب الثاني: خصائص قانون التجارة الدولية

من خلال التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص العديد من الخصائص التي يتميز بها قانون التجارة الدولية، وتكمن أساساً في :

**الفرع الأول: قانون حديث النشأة:** حديث النشأة بالنظر إلى القواعد والأحكام المنظمة للمعاملات التجارية الدولية خاصة الاتفاقيات الدولية، عكس المعاملات التجارية الدولية التي ظهرت في العصور القديمة، فقانون التجارة الدولية نشأته تعود إلى القرون الوسطى<sup>5</sup>، من خلال التبادل التجاري الحاصل في غرب أوروبا وخاصة ابتداءً من القرن 11 عشر في المدن الإيطالية (جينوا Genova) التي

<sup>4</sup> - J.BEGUIM & M.MENJUCQ, droit du commerce international, Litec, paris, 2005, p 169/s.

<sup>5</sup> - HUGUES Kenfack, op cit, p 2/3.

اشتهرت بالمبادلات التجارية الدولية، كما أن حداثة نشأته مرتبطة بتحريك المجتمع الدولي في أواخر القرن 18 من اجل وضع قانون تجارة دولي وذلك من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية في مجال المبادلات التجارية كاتفاقية الجات GATT لسنة 1947 الخاصة بالتعريف الجمركية والتي تلتها المنظمة العالمية للتجارة ابتداء من سنة 1993 وفعليا 1995. بالإضافة إلى الاتفاقيات الخاصة بالبيع الدولي كاتفاقية روما حول البيع الدولي للبضائع 1980، اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية 1964، اتفاقية فيينا لتوحيد القانون واجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لسنة 1986...الخ.

**الفرع الثاني: قانون عرفي الأصل:** هذه الخاصية مرتبطة أساسا بظهور ونشأة قواعد وأحكام قانون التجارة الدولية في صورته الأولى كونه كان مجموعة من المبادئ والأحكام التي تتداول بين الممتهنين لمجال التجارة الدولية خاصة في مجال عقود البيع الدولي للبضائع، ولعل اجتهادات معهد روما لتوحيد أحكام القانون الخاص المتعلق بالمبادلات التجارية لدليل قاطع على تحول القواعد العرفية الى قواعد وأحكام تنظيمية لعقود التجارة الدولية، كذلك القواعد العرفية التي ساهمت غرفة التجارة الدولية الى تدوينها المتعلقة خاصة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، بالإضافة إلى أن العديد من المبادئ تم تكريسها من خلال ممارسات عرفية كمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، مبدأ تقاسم الخسائر، احترام مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون المختص، فض النزاعات باللجوء إلى التحكيم...الخ

**الفرع الثالث: قانون موضوعي ومرن:** في هذه الخاصية تبين أن قواعده بعيدة عن قواعد الإسناد غير المباشرة التي تحدد القانون المختص لحكم العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، بالتالي فأحكام قانون التجارة الدولية تنظم مباشرة المواضيع بأحكام واقعية وقواعد موضوعية موحدة تسري على العلاقات والمعاملات التجارية الدولية كل مجال على حده، إذ هذه القواعد خاصة بالاتفاقية منها تنظم المبادلات التجارية الدولية خاصة بالبيع الدولية، الأوراق والاعتمادات المصرفية، التأمين والنقل في مجال التجارة الدولية، التحكيم التجاري الدولي وبالإضافة إلى التجارة الالكترونية. أما خاصية المرونة فتظهر خاصة أن غالبية القواعد المنظمة لمجالات التجارة الدولية لا تتوفر فيها صفة الأمر (هي قواعد مكملة) فهي قواعد تسير منطق المعاملات التجارية الدولية ولا تفرض أو تشدد على الأطراف تطبيق أحكام محددة وذلك من خلال تغليب قانون الإرادة، أي يمكن للأطراف اختيار تطبيق قانون وطني معين أو الاحتكام إلى اتفاقية دولية أو قواعد الموحدة للعقود الدولية...الخ، كما تظهر المرونة كذلك في عنصر العقد من خلال الاشتراطات العقدية التي تبين المرونة والحرية التي يتمتع بها الأطراف في معاملاتهم.<sup>6</sup>

<sup>6</sup>- DELEBECQUE Philippe & JACQUET Jean-Michel, op cit, p10.

**الفرع الرابع: صفة الدولية:** يعتبر قانون التجارة الدولية قانونا دوليا بآتم معنى الكلمة وهذا بسبب أن أحكامه وقواعده ليست صادرة من سلطة تشريعية لدولة معينة، كما أحكامه تم وضعها من أجل تنظيم العلاقات التعاقدية التي تتخطى حدود الدولة في مجال التجارة الدولية، كما أن غالبية النصوص المنظمة لها مستمدة من الاتفاقيات الدولية أو تم وضعها من هيئات مهنية متخصصة في مجال التجارة الدولية، بالإضافة إلى أن القواعد الوطنية غير كافية ولا تتلاءم والعلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي في مجال التجارة الدولية.

**الفرع الخامس: قانون معولم ومستقل:** العولمة التجارية والاقتصادية تظهر من خلال النشاط الذي تمارسه المنظمة العالمية للتجارة وبالنظر إلى مساعيها، بحيث تسعى إلى توحيد نشاط التجارة الدولية بالإضافة إلى وضع إطار قانوني خاص بها من خلال الاتفاقيات الدولية المنظمة لكل المجالات، وهو ما يؤدي إلى كثرة المعاملات التجارية الدولية وتنوعها وسرعتها. أما مسألة استقلالية قانون التجارة الدولية واعتباره فرع من فروع القانون الخاص من المسائل التي أثارت جدلا كبيرا، إلا أنه في الأخير أكد غالبية الفقه أن قانون التجارة الدولية فرع مستقل بحد ذاته، على حد تعبير الأستاذ DELEBECQUE، ويظهر ذلك من خلال النصوص والقواعد والأحكام المنظمة لمعاملات التجارة الدولية التي تم تكريسها في اتفاقيات الدولية الموحدة، كما أن الاستقلالية تظهر من خلال وجود نظام خاص لتسوية منازعات التجارة الدولية والتي تتعلق أساسا بالتحكيم التجاري الدولي (مؤسستي أو حر)، كما يضيف الأستاذ GOLDMAN أن قواعد التجارة الدولية ذات خصوصية بأنها قواعد موضوعية مباشرة تسعى إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة، كما أن الاستقلالية تظهر من خلال وجود أجهزة دولية متخصصة تسهر على تفعيل قانون التجارة الدولية (لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص-روما إيطاليا، والدور الاستشاري الذي تلعبه غرفة التجارة الدولية....).

### المطلب الثالث: مواضع قانون التجارة الدولية

إن الحديث عن المواضع التي يعالجها هذا القانون لا أمر صعب وذلك نظرا لكثرة المواضع التي تدخل في مجال قانون التجارة الدولية وتشعبها، إلا أنه ووفقا للمواقف الفقهية وتوجهاتهم يظهر أنه تشمل مجالات قانون التجارة الدولية كل من مواضع التجارة الدولية والبيوع الدولية والمدفوعات الدولية، كما أن غالبية الفقه الحديث يضيف التحكيم التجاري الدولي وسائل التسوية الودية (التوفيق، الصلح)، والتجارة الإلكترونية. وعلى هذا الأساس سنكتفي بسرد ما يلي:

## الفرع الأول: مجال التجارة الدولية

يقصد بهذا المجال تبادل السلع والخدمات عبر الحدود والمناطق المختلفة، كما تتعلق كذلك بالقواعد المنظمة لانتقال وتبادل السلع والخدمات التصدير والاستيراد بين الدول، على اعتبار أنه لا يمكن أن تتحقق التجارة الدولية دون تصدير واستيراد، وحتى يكون التعامل في إطار منظم استوجب استحداث هيئات متخصصة بتنظيم معاملات التجارة الدولية، منظمة الغات 1947، والمنظمة العالمية للتجارة 1995. بالإضافة أنه تخضع التجارة الدولية من الناحية القانونية إلى اتفاقيات دولية وبروتوكولات وأعراف دولية خاصة تلك الصادرة من لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية والاتفاقيات الثنائية بين الدول واتفاقيات الأقاليم الجمركية والأسواق المشتركة، بالإضافة إلى أعمال المعهد الدولي للتوحيد القانون الخاص وأعمال غرفة التجارة الدولية.<sup>7</sup>

## الفرع الثاني: مجال العقود الدولية

والمراد من العنوان السابق العقود ذات الصلة بالتجارة الدولية، وهي العقود التي لها تأثير على مصالح التجارة الدولية من حيث انتقال السلع والخدمات، إن تحديد المقصود بعقود التجارة الدولية كان ولا يزال مثار جدل واسع، كما أنه يثير الكثير من الإشكالات، من خلال ما يرتبه هذا العقد من آثار ونتائج من ضمنها تحديد القانون الواجب عليه، إذ تعد مسألة تحديد هذا المفهوم من المسائل الصعبة لاختلاف وجهات النظر من قبل الفقه والقضاء حولها، حيث أن وضع تعريف محدد للعقد التجاري الدولي يعد شبه مستحيل بالنظر إلى الصعوبات المرتبطة بتحديد صفة الدولية من عدمه في العقد ولذلك وضعت مجموعة من المعايير والضوابط التي يتعين الاعتماد بها لإضفاء الصفة الدولية على عقد ما أو لإنكارها عنه.<sup>8</sup> بالتالي فإن قانون التجارة الدولية يهتم بدراسة هذه الإشكالات والبحث عن حلول خاصة من خلال وضع الشروط العامة والمبادئ العامة التي تنظم العقود الدولية، وخير دليل أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية تناولت من خلال اتفاقيات دولية تنظيم عقود التجارة الدولية وعلى سبيل المثال عقد البيع الدولي للبضائع في اتفاقية فيينا لسنة 1980.

## الفرع الثالث: مجال التحكيم التجاري الدولي

التحكيم التجاري الدولي أهم وسيلة يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية لحل النزاعات الناجمة عن تعاملاتهم، حيث لا يكاد يخلو عقد من العقود المتصلة بهذا النوع من التجارة من شرط يحيل بموجبه الأطراف جميع الخلافات التي قد تقع بينهم بشأن تفسير أو تنفيذ العقد المبرم بينهم إلى قضاء التحكيم

<sup>7</sup> - JACQUET (J-M) DELEBECQUE (Ph), droit du commerce international, op cit, p 10/s.

<sup>8</sup> - HEUZE Vincent, Traité des contras « La vente international de marchandises » droit uniforme, LGDJ, paris, 2000, p 50/s.

للفصل فيها، التحكيم أداة لتحقيق العدالة كما هو شأن قضاء الدولة، إلا أنه يتميز مع ذلك عن هذا الأخير في نطاق التجارة الدولية بميزة هامة هي قدرته على حسم المنازعات عن طريق ابتداع حلول مستلهمه من واقع تلك التجارة الدولية، وعن طريق الاستعانة بما تتمتع به من أعراف وعادات ومبادئ عبر دولية وفقا لمنهج يخدم مصالح المتدخلين في هذا المجال، ويحقق لهم الأمان واليقين القانونيين في نطاق مجتمعهم، فأصبح بذلك الوسيلة المثلى لتدويل النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية. فقانون التجارة الدولية يهتم بموضوع التحكيم باعتباره من المواضيع التي لها علاقة مباشرة بتنفيذ عقود التجارة الدولية والإشكالات العملية التي تفرزها عملية التنفيذ، ومن أجل تسهيل هذا الموضوع فإن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية وضعت إطارا عاما للفصل في منازعات العقود الدولية عن طريق التحكيم من خلال القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985<sup>9</sup>.

### الفرع الرابع: التجارة الالكترونية

يعتبر هذا المجال من المواضيع الحديثة التي يهتم بها قانون التجارة الدولية، خاصة بالنظر إلى التطور الهائل الحاصل في مجال المعلوماتية والسرعة التي تتطلبها تنفيذ بعض العقود الدولية بالإضافة إلى كثرة العقود النموذجية في مجال البيوع الدولية، فالتجارة الالكترونية مفادها أن يتم تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية المتعلقة بالبضاعة والخدمات بواسطة تحويل المعطيات والبيانات عبر شبكة الانترنت أو الأنظمة التقنية الشبيهة، فالفرق في هذه الحالة بين العقود الدولية الالكترونية والعقود الدولية التقليدية أن العقد الالكتروني يتم بالوسائل الالكترونية التي يكون الإيجاب والقبول يصدر الكترونيا وينعقد العقد<sup>10</sup>.

وما ساهم في تفعيل هذا المجال هو وجود القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر من لجنة قانون التجارة الدولية الأمم المتحدة لسنة 1996، كذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية المنعقدة في نيويورك 2005، والقانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001. بالتالي يظهر جليا مدى اعتبار مجال التجارة الالكترونية من المواضيع التي تحظى بدراسة واهتمام قانون التجارة الدولية والهيئات التي تسهر على نشره.

<sup>9</sup> - RENE David, l'arbitrage dans le commerce international, éd Economica, paris, 1982, p 3/s.

<sup>10</sup> - LE TOURNEAU Philippe, contrats informatiques et électronique, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2012, p 7/s.

## المبحث الثاني: تمييز قانون التجارة الدولية عن بعض فروع القانون المشابهة له

حتى وان تم تناول عنصر استقلالية قانون التجارة الدولية إلا أن هذه الاستقلالية نسبية عن مختلف القوانين الأخرى التي لها علاقة به، خاصة بعض الفروع التي تتشابه مع أحكامه لذا سيتم التطرق إلى تمييز قانون التجارة الدولية عن بعض فروع القانون المقاربة له

### المطلب الأول: تمييزه عن بعض فروع القانون ذات البعد الدولي.

سيتم تمييز قانون التجارة الدولية عن بعض القوانين والفروع المشابهة له، خاصة على المستوى الدولي كالقانون الدولي للأعمال والقانون الدولي الاقتصادي والقانون الدولي الخاص

**الفرع الأول: تمييزه عن القانون الدولي للأعمال:** يعبر هذا الأخير على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الجوانب الخاصة بمعاملات الشركات متعددة الجنسيات والجوانب المتعلقة بالاستثمارات الدولية وإقامة المصانع وعقود نقل التكنولوجيا ومسائل الملكية الصناعية بالإضافة إلى العقود المتعلقة بالإنتاج الدولي، ويظهر من خلال هذه المقاربة ان قانون الدولي للأعمال اشم وأوسع من قانون التجارة الدولية على أساس انه ينظم أحكام الشركات والاستثمارات الدولية بالإضافة الى معاملات التجارة الدولية، كما أن بعض الفقه يقر بأن القانون الدولي للأعمال فرع من فروع القانون العام عكس قانون التجارة الدولية (رأي منتقد)، إلا انه يشتركان في كون كلاهما مختصان بتنظيم معاملات تتعدى الحدود الوطنية للدول.

**الفرع الثاني: تمييزه عن القانون الدولي الاقتصادي:** يقصد بقانون الاقتصادي الدولي مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات الاقتصادية والنشاط التجاري القائم بين دولتين أو أكثر من اجل تنظيم السياسة العامة للتجارة الدولية، فقواعد هذا القانون تهتم به المنظمة العالمية للتجارة OMC (منظمة الغات GATT سابقا كذلك) بالإضافة إلى الجهود والمؤتمرات الدولية الخاصة بالتنمية وملاحة سفر عنه الاجتماعات والندوات الدولية الخاصة بالمواد الأولية سواء الزراعية منها او الطاقوية، كما تساهم الأمم المتحدة في تفعيل أحكام هذا القانون من خلال قراراتها في مجال التنظيم الدولي الجديد خاصة عام 1974، بالإضافة إلى بعض الهيئات المتخصصة في الدراسات الاقتصادية الدولية OCDE التي تعتبر كهيئة

استشارية<sup>11</sup>، بالتالي فقانون الدولي الاقتصادي ما هو إلا مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات الاقتصادية الدولية المنبثقة من أعمال هيئات ومنظمات دولية المتخصصة بالمنظمة العلمية للتجارة، البنك العلمي، صندوق النقد الدولي، منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية... الخ، بالتالي فقانون التجارة الدولية يهتم بالمعاملات التجارية الدولية في حدود تبادل السلع والخدمات وذلك من خلال البحث عن القواعد الملائمة لتنظيمها بعيدا عن الأنظمة الاقتصادية السياسات الاقتصادية المتبعة من الدول.

**الفرع الثالث: تمييزه عن القانون الدولي الخاص:** يعتبر هذا الأخير مجموعة القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية (سواء كانت تجارية أو غير تجارية)<sup>12</sup>، إذ يسعى القانون الدولي الخاص إلى توحيد قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون المختص لحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، في حين يسعى قانون التجارة الدولية إلى توحيد قواعد موضوعية تعطي حلولاً مباشرة لنزاعات عقود التجارة الدولية، إلا أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية لا يمكن لهم الاستغناء على القانون الدولي الخاص لما له أهمية في تنظيم معاملاتهم وخاصة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق وقد يتفق الأطراف على استبعاد القانون الوطني وتطبيق قواعد التجارة الدولية وهنا نقطة التلاقي بين الدولي الخاص والتجارة الدولية<sup>13</sup>.

### المطلب الثاني: تمييزه عن بعض القوانين ذات البعد الوطني

في هذا المطلب سنتعرض إلى تمييز قانون التجارة الدولية عن بعض القوانين الوطنية ذات الصلة به وتبيان العلاقة القائمة بينه والقانون المدني والقانون التجاري خاصة.

**الفرع الأول: تمييزه عن القانون التجاري:** إذا كان القانوني التجاري ينظم الأعمال التجارية ويحدد الأشخاص (الطبيعية والمعنوية) المؤهلة لممارسة النشاط التجاري، إلا أنه يهتم فقط بالمعاملات التجارية الوطنية دون أن يتعدى نطاقه إلى الدولية التي يختص بها قانون التجارة الدولية، لكن القانون التجاري الوطني يساهم في مجال التجارة الدولية من خلال تنظيمه على المستوى الوطني الأشخاص التي

<sup>11</sup> OCDE: organisation de coopération et de développement économiques, st une organisation internationale d'études économiques, dont les pays membres — des pays développés pour la plupart — ont en commun un système de gouvernement démocratique et une économie de marché. Elle joue essentiellement un rôle d'assemblée consultative. voir, Carreau, et Juillard, Droit International économique, 3ème Dalloz, Paris, 2007, p7/s.

<sup>12</sup> Le Droit international privé est une branche du droit qui régleme les relations privées internationales, qu'il s'agisse de relations entre personnes physiques ou entre personnes morales et qu'il s'agisse de relations non commerciales ou de relations commerciales, voir Yav Katshung Joseph, cours de droit international privé, université de Lubumbashi, Faculté de Droit , 2012, p2/s.

<sup>13</sup> - DELEBECQUE Philippe & JACQUET Jean-Michel, op cit, p 8.

تتدخل في المعاملات التجارية الدولية خاصة فيما يتعلق بالشركات التجارية<sup>14</sup>. ويهتم قانون التجارة الدولية بتحديد القواعد الموضوعية التي تطبق وتنظم معاملات التجارة الدولية عكس القانون التجاري الوطني الذي ينظم النشاط التجاري بقواعد قانونية صادرة من السلطة التشريعية الوطنية (قواعده تطبق في إقليم دولة التشريع).

**الفرع الثاني: تمييزه عن القانون المدني:** إذا كان القانون المدني يعتبر الشريعة العامة في مختلف التشريعات المقارنة ويسعى إلى تنظيم مختلف العلاقات الخاصة القائمة بين الأفراد، فإنه يعطي حلولاً لإشكالات قانونية تكون موضوعاً لقانون التجارة الدولية، خاصة في المسائل المرتبطة بقواعد التنزع والمبادئ الأساسية التي تقام عليها العقود (احترام حسن النية في تنفيذ العقد، العقد شريعة المتعاقدين، نظرية الظروف الطارئة، القوة الملزمة للعقد...) هذه الأسس وغيرها صيغت في شكل قواعد ومبادئ تقوم عليها العقود الدولية<sup>15</sup>.

### المحور الثاني: مصادر قانون التجارة الدولية

يقصد بمصطلح المصدر في مجال قانون التجارة الدولية المادة الأولى التي من خلالها تخلق القاعدة التي تنظم مجال من مجالات التجارة الدولية، وما دام أنه لا وجود لسلطة تشريعية مختصة في هذا المجال فإن دور المصادر الاتفاقية يتعاضد، وكذا المصادر الشبه الاتفاقية بالإضافة إلى العرف الذي له مكانة خاصة في قواعد وأحكام التجارة الدولية.

### المبحث الأول: المصادر الدولية

لقانون التجارة الدولية العديد من المصادر ذات البعد الدولي خاصة ما يتعلق بالاتفاقيات الدولية وأعراف التجارة الدولية، كذلك على المستوى الوطني وهي مختلف الأحكام الموضوعية الوطنية التي تم تشريعها في مجالات عدة من أجل مواجهة نشاطات مرتبطة بمجال التجارة الدولية

**المطلب الأول: المصادر الاتفاقية /** إن البحث عن مصادر قانون التجارة الدولية في مجال الاتفاقيات الدولية، يستوجب البحث عن الاتفاقيات التي لها علاقة مباشرة بمجال الأعمال والتجارة الدولية، والمقصود هنا بالمصادر الاتفاقية هي الاتفاقيات الدولية التي يكون موضوعها تنظيم إحدى

<sup>14</sup> - المواد 544 وما يليها من التقنين التجاري الجزائري.

<sup>15</sup> - المواد 106، 107 من التقنين المدني الجزائري.

مواضيع التجارة الدولية، بالتالي فان موضوعها يضيق أو يكون شاملا واصطلاحا يطلق على الاتفاق بقصد إنشاء قواعد ملزمة لأطرافه. وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الاتفاقيات الدولية الخاصة بقواعد التجارة الدولية إلى:

**الفرع الأول: اتفاقيات دولية عقدية (ثنائية):** والتي يكون مضمونها وضع تنظيم محدد لإحدى المواضيع الخاصة بالتجارة الدولية والتي تلتزم الدولتين بأحكامها، أو أن تضع الاتفاقية تنظيما أو حلا معينا لإحدى مواضيع التجارة الدولية، ويكون الهدف الأساسي من الاتفاقية العقد مجرد خلق التزامات على عاتق أطرافها. ومثال ذلك الاتفاقيات الدولية الثنائية الخاصة بالازدواج الضريبي (الاتفاقية الجزائرية الروسية)<sup>16</sup>.

**الفرع الثاني: الاتفاقات الدولية الشارعة:** تكون الاتفاقية متعددة الأطراف ويكون موضوعها إنشاء قواعد دولية موضوعية متعلقة بأحد مواضيع التجارة الدولية (اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980)، بالتالي فمضمون الاتفاقية ليس مجرد التزامات متقابلة للدول المصادقة وإنما إرادة الأطراف تتجسد في إنشاء قواعد موضوعية لها صفة القواعد القانون الوطنية. (الاتفاقيات الدولية الشارعة تكون مصدرا للقواعد القانونية للتجارة الدولية بينما الاتفاقيات العقدية تكون مصدرا لالتزامات بين الدولتين). ويمز الفقه بين نوعين من الاتفاقيات الشارعة، بين الاتفاقيات ذاتية التنفيذ وأخرى غير ذاتية التنفيذ:

**أولا- الاتفاقيات ذاتية التنفيذ:** تلك الاتفاقيات التي لا يحتاج تنفيذها إلى تشريع داخلي أو نص قانوني من اجل نفاذ أحكامها (الدولة منظمة في الاتفاقية)، فأحكامها تسري بصفة مباشرة ويلتزم قضاء الدولة بتطبيق أحكامها ومثال ذلك (اتفاقية فينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 1980، اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية 1883)<sup>17</sup>.

**ثانيا- الاتفاقيات غير ذاتية التنفيذ:** فهي اتفاقيات لا تنشئ حقوقا ولا التزامات إلا للدول المتعاقدة، لأنها لا تخاطب إلا سواها، كما يتعين على الدول إصدار تشريعات خاصة بها من اجل نفاذها (إصدار تشريع خاص من اجل تطبيق أحكامها)، ومثال ذلك في مجال التجارة الدولية اتفاقية ترينيس (اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة وحقوق الملكية الفكرية)<sup>18</sup>. وفي مجال التجارة الدولية يمكن ان نقسم

<sup>16</sup> - المرسوم الرئاسي 127/06، يتضمن التصديق على الاتفاقية الجزائرية الروسية، من اجل تجنب الازدواج الضريبي، ج ر 21 لسنة 2006.

<sup>17</sup> - الجزائر منظمة إلى اتفاقية باريس ابتداءً من 1 مارس 1966.

<sup>18</sup> - سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 49.

الاتفاقيات الدولية باعتبارها مصدرا تستمد منها قانون التجارة الدولية شرعيته إلى قسمين هما الاتفاقيات العامة والاتفاقيات الخاصة<sup>19</sup>.

**المطلب الثاني: المصادر الشبه الاتفاقية:** تعتبر من بين المصادر الأساسية في خلق قواعد التجارة الدولية، ذلك لأن هذه القواعد تصدرها هيئات ومراكز دولية متخصصة في مجال التجارة الدولية، تسعى من شأنها إلى توحيد أحكامها وإيجاد قواعد لتنظيم مختلف معاملات التجارة الدولية

**الفرع الأول: جهود وأعمال لجنة الأمم المتحدة الخاصة بالقانون التجاري الدولي:** وتظهر خاصة في القواعد الموحدة للعديد من المجالات، من بينها القواعد النموذجية للتوفيق التجاري الدولي المعتمد خاصة سنة 2002، القواعد الموحدة بشأن التوفيق لسنة 1990 والتي تمثل مجموعة القواعد الإجرائية التي يقوم بها الأطراف لتسيير إجراءات التوفيق، كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

**الفرع الثاني- المبادئ الموحدة للعقود الدولية:** تعتبر كذلك هذه المبادئ من بين المصادر الأساسية لقانون التجارة الدولية، باعتبارها نتيجة عمل لمشاورات أعضاء المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، وتساهم بقدر كبير في تنظيم خاصة عقود التجارة الدولية من خلال إقرار العديد من المبادئ والأحكام<sup>20</sup>.

**الفرع الثالث- العقود النموذجية والشروط العامة:** تعتبر كذلك مصدرا لقانون التجارة الدولية نظرا لما توفره من الجهد بالنسبة للمتعاملين، وهذه الأخيرة تعبر عن جميع العناصر التي يستلزمها العقد بدءا بمرحلة الإبرام إلى غاية التنفيذ النهائي للعقد، إلا أن هذه العقود تثير إشكالية الكفاية الذاتية لأحكامها، إذ ذهب الاتجاه المؤيد لصفة القاعدة القانونية للعقود النموذجية هذه الأخيرة تكفي بذاتها ولا يمكن لها أن تتوقف في وجودها على أي نظام قانوني. لكن الواقع العملي يدل على أن العقد الذي يكفي ذاته بذاته، ليس حقيقة بالبتة، فالنقص والقصور في بنود العقد النموذجي وأحكامه أمر قائم، فالأطراف أو الهيئات التي تتكفل بإعدادها، مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل، لا يمكنهم الإحاطة بكل

<sup>19</sup> - على سبيل المثال، الاتفاقيات العامة: اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، اتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، اتفاقية فيينا 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، أما بالنسبة للاتفاقيات الخاصة فهي كثيرة ومتعددة نذكر على سبيل المثال لا الحصر: الاتفاقات المنبثقة من المنظمة العالمية للتجارة والاتفاقية العامة للتعريف الجمركية 1994، كاتفاقية التدابير الاقتصادية المتعلقة بالاستثمار، اتفاقية تنفيذ المادة 6 المتعلقة بمكافحة الإغراق، اتفاقية تنفيذ المادة 7 الخاصة بالضرائب...الخ.

<sup>20</sup> - FÉLIX ONANA ETOUNDI, "Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats", revue droit uniforme, n°4, 2005, pp 683-718.

الجوانب العملية والتعاقدية، وهذا ليس بالأمر الغريب، فالنقص إذا كان يشمل القانون ذاته فما بالناس بالعقد النموذجي. ويمكن الإشارة إلى العديد من الأنواع من العقود النموذجية منها (عقود البيع الدولي، عقود تصدير المصانع والآلات، عقود الاعتمادات المستندية والأوراق المالية...). أما الشروط العامة فتختلف الشروط العامة عن العقود النموذجية لكونها لا تمثل عقدا وإنما مجموعة من الأحكام التي يعود إليها المتدخلون في مجال التجارة الدولية لتنفيذ العقد النموذجي، أو هي مجموعة من الأحكام يستعين بها المتعاملون من أجل تضمين عقودهم واستكمالها حتى يتسنى التنفيذ الحسن للالتزامات التعاقدية خاصة، ومن قبيل الشروط العامة نذكر تلك التي وضعها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عام 1947 الخاصة ببيع الأخشاب والآلات الصناعية، بالتالي تعتبر الشروط العامة من قبيل المصادر الأساسية لقانون التجارة الدولية لاعتبارها سندا للحلول لغالبية المسائل التي تنجم خاصة عن عقود البيع الدولي.

**المطلب الثالث: العرف والمبادئ العامة للقانون:** تشكل أعراف وعادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون مصدرا مهما لقانون التجارة الدولية يمكن تبيانها في ما يلي.

**الفرع الأول: العرف/** تشكل أعراف وعادات التجارة الدولية الأساس الأول لصياغة قواعد قانون التجارة الدولية، على اعتبار أنه من ناحية الترتيب الزمني فإن أعراف التجارة هي الأولى في مصادر قانون التجارة الدولية، ومضمونها أطراد سلوك التجار حول مسألة معينة وعلى وجه معين مع اعتقادهم بالزاميتها وضرورة احترامها وهذا ما أشارت إليه المادة 9 فقرة 2 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، ولعل أهمية العرف تظهر خاصة في تجسيد قواعد منظمة لبعض عقود التجارة الدولية التي كان أساسها قواعد وممارسات عرفية مثل مجموعة مصطلحات التجارة الدولية والمعروفة بالمصطلحات المختصرة *INCOTERMS*، بالتالي يمكن القول أن هذه الأخيرة ما هي إلا قواعد مهنية تنشأ بوسيلة واعية تتولى مجتمعات وهيئات مهنية متخصصة إعدادها وصياغة أحكامها ونشرها، ويترك المجال للأطراف العمل بها أو استبعادها<sup>21</sup>.

**الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون** *les principes généraux de droit*، تعتبر هذه الأخيرة من بين المصادر التي يرجع إليها محكمي المنازعات في مجال التجارة الدولية من أجل إضافة عناصر وقواعد أخرى خاصة في حالة عدم كفاية عناصر العقد أو الاتفاقية المنظمة للعقد أو القانون الواجب التطبيق، فهذه المبادئ تعبر عن الأسس السائدة في مختلف النظم القانونية للدول فهي قواعد عامة تصلح لأن تكون أساسا للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها، ومن هام هذه المبادئ في مجال عقود التجارة الدولية نذكر (القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ، مبدأ التنفيذ

<sup>21</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة، السعودية، 1998.

العيني، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية، تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة، مبدأ توازن الاداءات العقدية ومراعاة تغير الظروف، مبدأ التعاون لمواجهة تغير الظروف....الخ).

## المبحث الثاني: المصادر الوطنية

يعتبر التشريع الداخلي ذو الصلة بالمعاملات التجارية مصدرا لقانون التجارة الدولية ونخص بالذكر في هذا المجال القانون المدني والقانون التجاري.

**المطلب الأول: مفهوم المصادر الوطنية لقانون التجارة الدولية/ سيتم التطرق في هذه النقطة بصفة خاصة إلى النصوص القانونية الوطنية ذات العلاقة بمعاملات التجارة الدولية.**

**الفرع الأول: تعريف المصادر الوطنية:** نقصد بها مختلف الأحكام الموضوعية الوطنية التي تم تشريعها في مجالات عدة من أجل مواجهة نشاطات مرتبطة بمجال التجارة الدولية، ومن فهي تشكل مصدرا لأحكام قانون التجارة الدولية، والتشريعات الأكثر ارتباطا بهذا الأخير يمكن ذكر بعضها.

**الفرع الثاني: أمثلة عن المصادر الوطنية في القوانين المقارنة**

على سبيل المثال القانون التشيكي للتجارة الخارجية لعام 1963 الأول رقم 97 الخاص بقواعد القانون الدولي الخاص والتنازع القضائي، والثاني رقم 104 الخاص بتنظيم الروابط القانونية في نطاق العلاقات التجارية الدولية، كذلك القانون التجاري الموحد الأمريكي لعام 1957. أما بالنسبة للتشريع الجزائري فيمكن لنا الحديث عن بعض القوانين التي لها علاقة بقانون التجارة الدولية.

## المطلب الثاني: المصادر الوطنية (وفقا للقانون الجزائري)

**الفرع الأول: القانون المدني،** هذا الأخير الذي يعتبر الشريعة العامة للقوانين<sup>22</sup>، الذي تناول في أحكام مع القواعد العامة خاصة للعقد الذي يعتبر محور مواضيع قانون التجارة الدولية، خاصة بعض القواعد المكرسة لمبدأ القوة الملزمة للعقد المادة 106، تنفيذ العقد بحسن نية 107، الإثبات 328 مكرر، الإرادة الضمنية المادة 60، تحديد القانون واجب التطبيق المادة 18...الخ.

**الفرع الثاني: القانون التجاري:** يساهم القانون التجاري<sup>23</sup> في مجال التجارة الدولية من خلال إقراره للنظام القانوني للأشخاص الفاعلين في مجال التجارة الدولية (الشركات التجارية 544 وما يليها)، بالإضافة إلى تنظيمه لبعض المواضيع التي لها علاقة مباشرة بمجال معاملات التجارة الدولية خاصة في

<sup>22</sup> - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 17 لسنة 1975  
<sup>23</sup> - الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 17 لسنة 1975.

شقها المتعلق بوسائل الوفاء بالثمن، السفينة 389 وما يليها، السند لامر 465، الشيك 472 وما بعدها، والتحويل 543 مكرر 19.

**الفرع الثالث: قانون الإجراءات المدنية والإدارية:** تساهم كذلك أحكام هذا القانون خاصة من الجانب الإجرائي فيما يخص الفصل في منازعات عقود التجارة الدولية، إذ يتحدد من خلاله مفهوم التحكيم التجاري الدولي باعتباره أسلوباً لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (المادة 1039 منه) وكذلك القانون الذي يطبق على التحكيم (المادة 1050)، بالإضافة إلى الوسائل الودية الأخرى التي يلجأ إليها المتعاملون في مجال التجارة الدولية لتسوية خلافاتهم.<sup>24</sup>

### المحور الثالث: توحيد قواعد التجارة الدولية

يعتبر موضوع توحيد أحكام وقواعد التجارة الدولية من بين المواضيع الشائكة نظراً لصعوبة تحقيق ذلك إلا أن هناك مبادرات من بعض الهيئات المتخصصة من أجل الوصول إلى وضع قواعد مستقلة تهتم بكل ما له علاقة بمعاملات التجارة الدولية

#### المبحث الأول: مضمون فكرة توحيد قواعد التجارة الدولية

يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي إذا كان الطرفان قد أغفلا تحديده في عقدهما، وذلك لاختلاف مصالح كل من أطراف العلاقة التجارية واختلاف قواعد القانون الداخلي بين بلد وآخر، هذا كله يؤدي إلى إعاقة عدد كبير من الصفقات التجارية التي يمكن عقدها بين أطراف من دول مختلفة، كما يؤدي إلى مخاوف هذه الأطراف من عقد نوع كهذا من العلاقات التجارية لكون علاقاتهم غير مضبوطة بقانون موحد يسري على جميع أنواع البيوع التجارية الدولية وهذا القلق ليس من مصلحة التجارة الدولية بل من معوقاتها. بالتالي فإن استقرار المعاملات التجارية الدولية وتنشيطها وبث الثقة فيها هو من خير الوسائل لبلوغ التقارب بين الدول باختلاف قدراتها الاقتصادية واختلاف منظوماتها القانونية.

**المطلب الأول: مفهوم عملية التوحيد:** أمام هذه المعوقات التي تعتري التجارة الدولية كانت الفكرة بتوحيد قواعد التجارة الدولية وذلك من خلال وضع تشريع موحد يحكم مختلف المعاملات ذات الطابع الدولي بحيث يسند إليه الفصل في جميع النزاعات والإشكالات القانونية التي تنشأ عن هذه

<sup>24</sup> - قانون رقم 09/08، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008

التعاملات ويكون أصحاب الشأن على علم وإلمام مسبق بالقواعد التي تحكم علاقته في حال النزاع، لكن في هذه الحالة يتم استبعاد القوانين الداخلية بإحلال قانون موحد بديل مناسب لعلاقات التجارة الدولية، فمسألة التوحيد مرتبطة بإيجاد وجمع قواعد وأحكام خاصة بتنظيم معاملات التجارة الدولية وذلك من خلال التنسيق بين العديد من الدول.

**الفرع الأول: تعريف توحيد أحكام قواعد التجارة الدولية:** نظرا للإشكالات المتعددة التي تثيرها خاصة عقود التجارة الدولية من خلال عدم قابلية لنصوص الوطنية لمواكبة سرعة وتطور التجارة الدولية استوجب الأمر على فقهاء التجارة الدولية إيجاد حلول وذلك من خلال البحث عن أحكامها وجمعها في إطار منظم يكون على دراية كل متدخل في هذا المجال، ولقد سعى العديد من الفقهاء من أجل توحيد أحكام قواعد التجارة الدولية خاصة من طرف FONTAINE Marcel ,DELY Filip, DENIS Philippe et ALMEIDA PARADO Mauricio....ect

**الفرع الثاني: تكريس عملية التوحيد:** لقد ساهم في تكريس وتفعيل هذه الفكرة المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص وكذا غرفة التجارة الدولية، من خلال دراسات تطبيقية لعقود دولية متنوعة من أجل جمع وتوحيد المبادئ المنظمة خاصة لعقود التجارة الدولية.

**المطلب الثاني: طرق توحيد أحكام قانون التجارة الدولية/** اختلف فقهاء قانون التجارة الدولية حول إشكالية توحيد قواعده، وذلك بالنظر إلى الاختلاف حول طرق التوحيد، فهناك من ينادي إلى التوسيع في عملية التوحيد وهناك من يسعى إلى التضييق من عملية التوحيد لتشمل عناصر محددة فقط. وتكمن أساليب توحيد أحكام وقواعد التجارة الدولية في:

**الفرع الأول/ الشروط العامة:** وهو الاتفاق الذي يكون بين متخصصين في مجال التجارة الدولية حول معاملة معينة، الذي يتحدد من خلاله مجموعة من الشروط يلتزمون بها وفي مجال جغرافي محدد، يلتزمون بإرادتهم باحترام هذه الشروط، ويطلق عليها مصطلح عامة على أساس أنها شروط عادية كونها تدخل في جميع الصفقات التي تبرم في السلعة محل التعاقد، كما أنه مهما تم إدخال تعديلات بشأنها لا أنها لا تمس الجانب الجوهرى الخاص بها، ومن أمثلتها الشروط التي وضعتها جمعية تجارة الغلال اللندنية للبيع التي تقع على هذا الصنف من البيوع والشروط التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية بشأن عقود توريد الآلات والأجهزة للمصانع<sup>25</sup>، وعلى هذا الأساس يظهر جليا أن تحرير العقود وفقا للشروط العامة يساعد على توحيد الأحكام التي تسري على عقود التجارة الدولية.

<sup>25</sup> - طالب حسني موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 35-36.

**الفرع الثاني/ القوانين النموذجية:** تسعى بعض الهيئات المتخصصة في مجال التجارة الدولية إلى توحيد قواعدها من خلال وضع قوانين نموذجية تخص مسائل محددة كي تستفيد منها الدول خاصة عندما تقوم بإصدار تشريعات لها علاقة بمجالات التجارة الدولية، بالتالي فهذه القوانين النموذجية بمثابة مساعدة فنية تقدم للدول، ومن أمثلتها القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والقانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي الخاص بشأن التحكيم التجاري الدولي سنة 1985.

**الفرع الثالث/ تجميع الأعراف وعادات التجارة الدولية:** تعتبر هذه الأخيرة من الأدوار التي تختص بها هيئات دولية غير حكومية لتكون عاملاً مساعداً في توحيد أحكام وقواعد التجارة الدولية، خاصة الدور الذي تقوم به غرفة التجارة الدولية في توحيد أحكام البيع الدولية ابتداءً من سنة 1953 وهي في استمرار دائم من خلال اجتهادها آخرها كان سنة 2010 (incoterms) أين جمعت فيه كل أعراف البيع البحرية الدولية (أمثلة: بيع FOB، بيع CIF...)، كما أنها وضعت مجموعة أخرى سنة 1966 تسمى بالقواعد والعادات المتعلقة بالاعتماد المستندي، إلى جانب احتوائها تقنياً للأعراف المصرفية المستقرة في مجال التجارة الدولية<sup>26</sup>.

**الفرع الرابع/ إبرام الاتفاقيات الدولية:** تسعى الدول إلى توحيد أحكام وقواعد التجارة الدولية من خلال الاتفاقيات الدولية مع احتفاظها بتشريعاتها الداخلية، إبرام اتفاقيات دولية بين عدد من الدول إما بقصد توحيد قواعد تنازع القوانين، من ذلك اتفاقية لاهاي سنة 1955، بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على البيع التجاري الدولي. أو بهدف وضع قواعد موضوعية موحدة تسري على المعاملات الدولية، ومن ذلك اتفاقية لاهاي سنة 1964 م بشأن توحيد بعض الأحكام الموضوعية المتعلقة بالبيع الدولي، واتفاقية الأمم المتحدة المبرمة في فيينا سنة 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع. أو من خلال اتفاقيات دولية ثنائية (اتفاقيات الازدواج الضريبي).

### المبحث الثاني/ مساهمة المؤسسات الدولية في عملية توحيد قواعد التجارة الدولية

إن عملية الوصول إلى توحيد قانون التجارة الدولية تستدعي جهوداً جبارة ومع ذلك فقد قامت بعض الهيئات الدولية باتخاذ خطوات واسعة نحو إتمام هذا الهدف، وهذه الهيئات إما حكومية أو غير حكومية.

<sup>26</sup> - سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 111-112.

**المطلب الأول: الهيئات الحكومية:** هي التي تتكون من عضوية حكومات بعض الدول، ويمثلها مندوبون فيها، وأهم هذه الهيئات لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ONU ومقرها فيينا والتي تعرف باسم CNUDCI، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما والمعروف باسم UNIDROIT وتلعب دوراً كبيراً في توحيد القوانين الموضوعية لقانون التجارة الدولية، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي يهدف إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين دون القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، والمنظمة العالمية للتجارة OMC. كذلك لمؤتمر لاهاي لتوحيد القانون الدولي الخاص دور هام في عملية توحيد أحكام التجارة الدولية خاصة في شقها التنازعي.

**-الفرع الأول: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI:** في اجتماع للأمم المتحدة عام 1966 قررت إنشاء لجنة تهتم بمجال قانون التجارة الدولية واقتراح أن تكون مهمة اللجنة إعداد وترويج معاهدات أو اتفاقيات دولية جديدة ونماذج قوانين وقوانين موحدة وتقنين ونشر الاصطلاحات والشروط والعادات والأعراف التجارية الدولية، وللجنة أن تكون مجموعات عمل من عدد محدود من الأعضاء للقيام بإعداد مشروع اتفاقية أو تعديل اتفاقية أو لدراسة موضوع معين أو لوضع نموذج لقانون موحد أو لعقد موحد ثم يناقش هذا العمل بعد ذلك في اللجنة. وقد اختارت اللجنة في أول دورة لها سنة 1968 عدة موضوعات تقوم بدراستها: البيع التجاري الدولي، والتحكيم، والنقل، والتأمين والوفاء بالديون الدولية عن طريق الأوراق التجارية والاعتمادات المصرفية، والملكية الذهنية، استبعاد ومنع التفرقة بين الدول في القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية، والتمثيل التجاري، والتصديق على الوثائق في مجال التجارة الدولية. وقررت اللجنة أن الأولوية للبيع التجاري الدولي، وطرق الوفاء بالديون الدولية، والتحكيم التجاري الدولي.

ولقد ساهمت هذه اللجنة في توحيد العديد من القواعد التي لها علاقة بالتجارة الدولية من خلال مساهماتها الفعلية في العديد من الاتفاقيات الدولية<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> - اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في نيويورك سنة 1974، والبروتوكول المعدل لاتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980. اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام 1978 في هامبورج وتعرف باسم قواعد هامبورج والتي دخلت حيز النفاذ في أول نوفمبر سنة 1992. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980 والتي دخلت حيز النفاذ في أول جانفي سنة 1988. النظر في اتفاقية نيويورك سنة 1958 والتي لم تنبع عن عمل اللجنة والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وقد انضمت الجزائر الى هذه الاتفاقية في 1988. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في 1985. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج (الكيميالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية والتي أقرتها اللجنة في اجتماعها في فيينا بتاريخ 1987. والدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشديد المنشآت الصناعية حسيما أقرته مجموعة العمل التي انعقدت في نيويورك في أبريل 1987، وقد أقرته اللجنة في فيينا بتاريخ 14 أغسطس عام 1987.

**الفرع الثاني: المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص:** ساهم هذا المعهد بكثير في مجال التوحيد خاصة من إقراره للمبادئ الموحدة للعقود الدولية، التي تعطي الأحكام العامة التي تسري وفقها العقود الدولية، خاصة النص على المبادئ الأساسية التي تقوم عليها كمبدأ حسن النية والحرية التعاقدية، ولعل أبرز أعماله تتمثل في القواعد العامة التي تحكم العقود الدولية Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international<sup>28</sup>، والتي تم تحيينها عام 2010.

**الفرع الثالث: مؤتمر لاهاي لتوحيد القانون الدولي الخاص:** انشأ هذا المؤتمر عام 1955 بموجب اتفاقية جماعية بين الدول، والذي يعتبر منظمة دائمة ووفقا لمادته السابعة فإنه يسهر على التوحيد التدريجي لقواعد القانون الدولي الخاص الذي له علاقة مباشرة خاصة بعقود التجارة الدولية في عنصر القانون واجب التطبيق على العقد (شكله ومضمونه)، ولقد أسفرت جهوده على اتفاقيات دولية تم توحيد فيها قواعد القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية 1955، وكذلك اتفاقية الاختصاص القضائي للبيع الدولي للبضائع عام 1958.

**المطلب الثاني: الهيئات غير الحكومية:** فهي التي تتكون من أعضاء لا يمثلون حكومات معينة وإنما يشتركون فيها بصفاتهم الشخصية من المتخصصين والمشتغلين بقانون التجارة الدولية وأهم هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، واللجنة البحرية الدولية في بروكسل IMC، وتعمل على توحيد القانون البحري على المستوى الدولي.

**الفرع الأول: غرفة التجارة الدولية:** تعتبر غرفة التجارة الدولية كونها المنظمة الوحيدة المعنية حقا بقطاع الأعمال العالمي لهذا التحدي بإصرارها على طرح وجهات نظر قطاع الأعمال والتعبير عنها. وتغطي نشاطات الغرفة نطاقا واسعا يشمل من بين قضايا أخرى التحكيم وتسوية النزاعات والدفاع عن التجارة الحرة واقتصاد السوق، والتنظيم الذاتي لمؤسسات الأعمال، وتساهم هذه الهيئة في توحيد أحكام التجارة الدولية من خلال القرارات التي تتخذها خاصة المحكمة التحكيمية والتي تعتبر اجتهادا ومرجعا

<sup>28</sup> Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international sont des principes, dégagés par l'Institut international pour l'unification du droit privé, qui ont vocation à régir les contrats du commerce international. Ils peuvent s'appliquer à de tels contrats lorsque les parties le choisissent explicitement, ou si les parties ne choisissent pas un droit national particulier qui devrait régir le contrat, ou bien alors pour servir d'indice au juge, national ou international, pour interpréter les contrats internationaux, et enfin ont vocation à inspirer les législateurs nationaux ou internationaux qui proposeraient des règles en la matière<sup>1</sup>. Publiés à l'origine en 1994, ils ont été revus et modifiés en 2004 et 2010. voir, Anne-Marie Trahan, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », RJT Vol 36 n°2, 2002, pp 627-636. Kessedjian (C), « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes posés par UNIDROIT », Rev. crit. DIP, 1995, 641

لمختلف القضايا المطروحة أمامها، ولقد ساهمت الغرفة في عملية التوحيد خاصة من خلال وضع مصطلحات التجارة الدولية les incoterms التي تعبر عن عقود دولية<sup>29</sup>، ووضع قواعد عامة للمصالحة والتحكيم الذي يكون أمامها (نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية).

**الفرع الثاني: اللجنة البحرية الدولية:** تسعى هذه اللجنة إلى دعم التعاون في تنظيم الممارسات الخاصة بالشحن في التجارة الدولية، والسعي من أجل تحقيق أعلى معايير عملية للسلامة الملاحية وكفاءة البحرية، تشجيع والتحكم في التلوث الملاحي بسبب السفن وغيرها والمواني، وناقلات البترول، تشجيع التخلص من عوائق خدمات الشحن الدولية، والإعداد لاتفاقيات ملاحية دولية، بالإضافة إلى العمل على توحيد أحكام القانون البحري على المستوى الدولي، وإعداد مشاريع قوانين والاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية خاصة البحرية منها، ومن أهم أعمالها الاتفاقية الدولية لعام 1924 ببروكسل.

### المطلب الثالث: أهمية توحيد قواعد التجارة الدولية:

تكمن أهمية التوحيد من خلال تبيان المحاسن والمساوئ الناجمة عن توحيد أحكام التجارة الدولية

#### الفرع الأول: محاسن التوحيد

- إن في توحيد قواعد التجارة الدولية تكريس لاستقرار العقود والمعاملات، وقابلية هذه القواعد لمواكبة السرعة وتوفير الطمأنينة والثقة بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية .
- حلول القواعد الموحدة محل القواعد الوطنية التي قد لا تتلاءم وطبيعة العلاقات التجارية الدولية.
- التخفيف من حدة الاختلاف القائم بين القواعد القانونية الوطنية

<sup>29</sup> - **Incoterms** (contraction de l'expression anglaise *International commercial terms*) sont des termes normalisés qui servent à définir les « droits et devoirs » des acheteurs et vendeurs participant à des échanges internationaux et nationaux. La réglementation applicable est édictée et publiée par la Chambre de commerce internationale à Paris. La dernière réglementation, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011, s'appelle Incoterms 2010, Il s'agit de 11 termes commerciaux internationaux. Certains Incoterms sont utilisables uniquement pour des transports par voies maritimes et/ou fluviaux (FAS, FOB, CFR, CIF) ; les autres s'utilisent quel que soit le mode de transport, y compris en transport maritime, fluvial ou aérien ; ce sont des Incoterms appelés « multimodaux » car ils combinent plusieurs modes de transport. **Denis CHEVALIER**, « *Incoterms : bien les connaître pour mieux les utiliser* », extrait de la revue *Le Moci*, septembre 2003, n° 1615, revue TERTIAIRE N° 112 /JUIN 2004, pp 41-46.

- إن في توحيد قواعد التجارة الدولية من شأنه أن يؤدي إلى توحيد الحلول في منازعات عقود التجارة الدولية (وفتح المجال لاجتهاد التحكيم التجاري الدولي في المجال).
- الوصول إلى وضع قواعد قانونية حقيقية تتلاءم والمعاملات التجارية الدولية.
- كون النصوص الموحدة التي يتم اتخاذها من الهيئات السابقة إنما تصدر بلغات عديدة، ما يسهل عملية فهمها وتفسيرها.
- الفرع الثاني: عواقب التوحيد:** بالرغم من الأهمية التي تعرفها عملية توحيد قواعد التجارة الدولية إلا أن بعض الفقه يقر بوجود مساوئ لعملية التوحيد التي من شأنها أن تؤثر سلباً على معاملات التجارة الدولية، ويمكن تلخيصها فيما يلي:
- عدم شمولية النصوص الموحدة في الاتفاقيات الدولية وضيق نطاقها، يصعب من تطبيق أحكامها.
- إشكالية تفسير القواعد الموحدة نظراً لاختلاف في مفاهيم المصطلحات القانونية بين مختلف الأنظمة القانونية.
- القواعد الموحدة ما هي إلا نقل للقوانين الوطنية.
- صدور القواعد الموحدة من هيئات غير حكومية ينقص من طابعها الإلزامي مما يجعل المتعاملين في مجال التجارة الدولية يخافون من الاحتكام إليها.
- إن توحيد قواعد التجارة الدولية مطلب تجاري عالمي للعاملين والمتدخلين في مجال التجارة الدولية، ولكن الوصول إليه في الوقت نفسه مستعصٍ لاختلاف الثقافات والمدارس القانونية. ورغم الجهود الدولية المضنية إلا أن عدد الاتفاقيات لتنظيم التجارة الدولية بقي محدوداً جداً وعلى سبيل المثال. فاتفاقية الأمم المتحدة لبيع الدولي للبضائع اتفاقية فيينا 1980 التي صادقت عليها ما يقارب الثمانين دولة حالياً، بقي تطبيقها محدوداً لدرجة كبيرة، ويعود السبب أولاً رفض التجار خاصة في الدول الغربية (انجلترا خاصة) الأخذ بها وضمنوا عقودهم صراحة نصوصاً تمنع تطبيقها، وثانياً عدم إحاطة القضاء بها وتجنب تطبيقها نظراً للإشكالات العملية التي تثيرها (التعارض بين المادتين 14-55 منها الخاص بإشكالية تحديد الثمن أو قابليته للتحديد من أجل إبرام العقد الدولي)<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> - LECOSSOIS Delphine, « La détermination du prix dans la Convention de Vienne, le U.C.C, et le droit Français: critique de la première décision relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne », Revue de droit de McGill, Vol 41, Québec, 1996, pp 514-542. In [www.journal.law.mcgill.ca](http://www.journal.law.mcgill.ca)

## المحور الرابع: أشخاص قانون التجارة الدولية

سيتم التطرق في مضموم هذا المحور إلى الأشخاص المتدخلين في مجال التجارة الدولية من ناحيتين، من ناحية الأشخاص المتدخلين في مجال إنشاء القواعد القانونية الخاصة بقانون التجارة الدولية ومن ناحية أخرى الأشخاص الفاعلين في مجال إبرام عقود التجارة الدولية والمعاملات التجارية الدولية.

**المبحث الأول: الأشخاص الفاعلين في مجال إنشاء قواعد قانون التجارة الدولية:**  
(العودة إلى المعلومات الخاصة والمذكورة في المحور الخاص بتوحيد قواعد التجارة الدولية، كون تلك الهيئات هي التي تهتم بإنشاء قواعد وأحكام قانون التجارة الدولية).

**المطلب الأول: المنظمات الحكومية:** هي التي تتكون من عضوية حكومات بعض الدول، ويمثلها مندوبون فيها، وأهم هذه الهيئات لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ONU ومقرها فيينا والتي تعرف باسم CNUDCI، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما والمعروف باسم UNIDROIT وتلعب دوراً كبيراً في توحيد القوانين الموضوعية لقانون التجارة الدولية، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي يهدف إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين دون القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، والمنظمة العالمية للتجارة OMC. كذلك لمؤتمر لاهاي لتوحيد القانون الدولي الخاص دور هام في عملية توحيد أحكام التجارة الدولية خاصة في شقها التنازعي.

**المنظمات العالمية ذات الصلة بالتجارة الدولية:** قبل الحديث على المنظمة العالمية للتجارة استوجب التطرق أولاً إلى الاتفاقية الدولية للتعريف الجمركية أو ما يطلق عليها منظمة الغات GATT باعتبارها أول منظمة أنشأت من أجل تنظيم معاملات التجارة الدولية،

**الفرع الأول: منظمة الغات GATT:** وهي اتفاقية دولية متعددة الأطراف لتبادل المزايا التفضيلية بين الدول الأعضاء الناتجة عن تحرير التجارة الدولية من القيود التعريفية (القيود الجمركية) والغير التعريفية (الكمية).

**أولاً: نشأة منظمة الغات:** كانت فكرة قيام منظمة التجارة الدولية قد طرحت ضمن مداولات مؤتمر "بريتون وودز" الذي أقر قيام صندوق النقد الدولي FMI والبنك الدولي للإنشاء والتعمير BIRD، و قد وقفت الولايات المتحدة الأمريكية ضد قيام هذه المنظمة بحجة أنها يمكن أن تنزع الكونغرس الأمريكي صلاحياته في توجيه التجارة الخارجية، و كبدل لهذه الفكرة قامت الولايات المتحدة الأمريكية باتخاذ

الترتيبات اللازمة و دعت إلى مؤتمر دولي في جنيف عام 1947 للمداولة حول التجارة الدولية، وفي هذا المؤتمر تم التوقيع على الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة التي اشتملت على المبادئ والأسس والقواعد التي تحكم النظام التجاري العالمي الجديد لمرحلة بعد الحرب، ولقد شارك في توقيع هذه الاتفاقية 23 دولة.

**ثانياً: أهداف الغات:** الهدف الأساسي من إنشاء الغات، هو تحرير التجارة الدولية و توطيد دعائم نظام تجاري عالمي، يقوم على اقتصاد الأسواق الحرة والمفتوحة، وبناءً على هذا فقد كان يفرض على كل دولة تنظم إلى الجات أن تلتزم بالسعي الجاد والمستمر والتدريجي بإزالة كافة الحواجز المفروضة على تجارتها الخارجية، تصديراً واستيراداً، كما كان الغرض هو العمل على إلغاء القيود الجمركية على التجارة الدولية والاستمرار في إجراء مفاوضات متعددة الأطراف بصفة دورية لتحقيق هذا الغرض، أما بالنسبة للأهداف الأخرى فيمكن تلخيصها فيما يلي:

- العمل على تحرير التجارة الدولية.
- إزالة العوائق أمام التبادل التجاري بين الدول.
- حل المنازعات التجارية الدولية عن طريق المفاوضات.
- تهيئة المناخ الدولي والإعداد لإنشاء منظمة التجارة العالمية.
- كما تضمنت في طيتها فقرات ذات نبرة قانونية دولية، أهمها التعامل بالمثل فيما يخص نقل البضائع والحرص عليها من قبل الدول التي تمر من خلالها كما لو كانت بضاعتها، هذا وألزمت جميع دول الاتفاقية بمبدأ عدم التمييز بين بضاعة وأخرى، وحل المشاكل عن طريق المفاوضات والمشاورات وفقاً لنظامها الداخلي.

**ثالثاً: جولات منظمة الغات:** في إطار التفاوض من أجل إزالة الحواجز الجمركية وتفعيل التجارة الدولية قامت المنظمة بالعديد (قدرت بثمانية جولات<sup>31</sup>) من الجولات التفاوضية ينمكّن تلخيص أعمالها فيما يلي وذلك بالتركيز خاصة على الجولة الأخيرة ألا وهي جولة الاروغواي التي تمخضت عنها إنشاء المنظمة العالمية للتجارة<sup>32</sup>.



<sup>31</sup> - الجولة الأولى: جولة جنيف 1947، الجولة الثانية: جولة أنسي Annecy في فرنسا 1949، الثالثة: جولة توركاوي في إنجلترا 1950-1951، الجولة الرابعة: جولة جنيف 1954-1957، الجولة الخامسة: جولة ديلون، جنيف 1960-1961، الجولة السادسة: جولة كينيدي 1964-1967، الجولة السابعة: جولة طوكيو 1973-1979، جولة أورغواي، التي قسمت إلى مرحلتين: جولة الاروغواي الأولى 1976/1991 وجولة الاروغواي الثانية 1991/1994.

<sup>32</sup> - أكثر تفصيل حول موضوع منظمة الغات، راجع: عبد الواحد العفوري، العولمة والجات- الفرص والتحديات، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2000 ص 20 وما يليها، ومحمد سيد عابد، التجارة الدولية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001. ص 32.

تعد هذه الجولة أكثر طموحاً و أوسع نطاقاً، من سابقتها نظراً لامتدادها لقطاعات جديدة لم تكن مشمولة في جولات المحادثات السابقة، وقد جاءت هذه الدورة في ظروف اقتصادية حاسمة كما أنها سعت لرسم معالم القرن الواحد والعشرين، وكان الهدف من هذه الجولة تحقيق بعض الأهداف الأساسية التالية:

- تخفيض القيود غير الجمركية.

- تحرير تجارة الخدمات بالإضافة إلى التجارة السلعية.

- تخفيض القيود على الواردات من المنتجات الزراعية.

ولقد تم تحديد 15 مجموعة عمل لكل مهمة من هذه المهمات، نذكر منها المهمات الآتية :

التعريف الجمركية. القيود الغير جمركية. المنتجات الاستوائية. المنتجات الأولية. المنتجات والملابس. المنتجات الزراعية. الإجراءات الوقائية ضد التزايد المفاجئ في الواردات. الإعانات و الرسوم الجمركية. حقوق الملكية الفكرية. الخدمات، بالإضافة إلى أربع مجموعات عمل أخرى للتعامل مع اتفاقية الجات نفسها فيما يتعلق بإجراءات تسوية المنازعات.

### الفرع الثاني: نتائج مفاوضات جولة الاورغواي:

➤ قيام منظمة التجارة العالمية OMC كمؤسسة دولية تشرف على تطبيق اتفاقيات الجات، وتضع الأسس للتعاون بينها وبين صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، بهدف تنسيق السياسات التجارية و المالية والاقتصادية للدول الأعضاء.

➤ تحسين ودعم المنظومة القانونية بشأن الإجراءات المعيقة للتجارة الدولية.

➤ المزيد من التفصيل والوضوح والأحكام في القواعد والإجراءات المرتبطة بتحرير التجارة سواء في الاتفاقية الرئيسية أو الاتفاقيات الفرعية وخصوصاً بالنسبة للمشاكل التي كانت غامضة و مثيرة التاويلات العديدة وإساءة الاستخدام في السابق.

➤ إيجاد نظام متكامل لتسوية المنازعات التجارية وإقامة آلية (نظام) لمواجهة السياسات التجارية للدول الأعضاء.

➤ تعزيز خطوات تحرير التجارة من خلال المزيد من تخفيض الرسوم الجمركية و إزالة الحواجز غير الجمركية عليها و توسيع نطاق الجات ليشتمل تحرير السلع الزراعية، المنتجات والملابس، تجارة الخدمات، الجوانب التجارية المتعلقة بالاستثمار وحقوق الملكية الفكرية.

➤ التأكيد على التزام دول العالم المتقدمة بالمعاملة التفضيلية للدول النامية بصفة عامة و الأقل نمواً على وجه الخصوص.

➤ ألزمت نتائج جولة أورجواي الدول الصناعية المتقدمة بتقديم العون المالي و الفني إلى الدول النامية لتمكينها من الاستجابة للمتطلبات الإدارية و الفنية، بغرض الوفاء بالتزاماتها إزاء تطبيق الاتفاقية الجديدة.

➤ إعطاء الفرصة للدول النامية و الأقل نمواً المزيد من المشاركة في النظام التجاري العالمي الجديد، و ذلك من خلال الوزن المتساوي لأصوات الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بغض النظر عن أوزانهم التجارية و الاقتصادية بصورة عامة.

### الفرع الثالث: تقييم جولات الأورغواي لمنظمة الغات:

أولاً: الإيجابيات: يمكن تلخيصها فيما يلي

- انعكاس أثر انتعاش اقتصاديات الدول الصناعية على الدول النامية من خلال زيادة حجم التبادل.

- زيادة إمكانية ارتفاع صادرات الدول النامية.

- إنتعاش بعض قطاعات الإنتاج في الدول النامية و خاصة في النشاط الزراعي و الصناعي.

- زيادة الكفاءة و الإنتاجية في الدول النامية من خلال تصاعد المنافسة الدولية.

ثانياً/السلبيات: يمكن تلخيصها فيما يلي:

- الإلغاء التدريجي للدعم المقدم للمنتجين الزراعيين في الدول المتقدمة سيزيد من اسعار الواردات

الغذائية مما يؤثر على ميزان المدفوعات مما يؤدي إلى التضخم.

- زيادة البطالة في الدول النامية نتيجة صعوبة تصديرها لمنافسة المنتجات المستوردة ذات الجودة

العالمية و التكلفة الأقل من السلع و الصناعات المحلية.

- إنخفاض الرسوم الجمركية يؤدي إلى عجز أو زيادة الضرائب مما قد يزيد من تكاليف الإنتاج.

### المطلب الثاني: المنظمة العالمية للتجارة OMC

أنشئت في عام 1995 بموجب اتفاقيات مراكش التي أنهت جولات الأورغواي ، وهي واحدة من

أصغر المنظمات العالمية عمراً حيث أن منظمة التجارة العالمية هي خليفة الاتفاقية العامة للتعريفات

والتجارة (الجات) والتي أنشئت في أعقاب الحرب العالمية الثانية ومع ذلك، فهي تشكل أداة أساسية فعالة

لتنظيم التجارة الدولية، إذ شهدت اتفاقية الغات منذ عام 1947 عدداً من التطورات التي آلت في النهاية

لإنشاء ما يُسمى بمنظمة التجارة العالمية بدءاً من مفاوضات جنيف عام 1947 وانتهاءً بجولة أورجواي

الأخيرة 15 أبريل 1994 والتي تم الاتفاق فيها على إنشاء المنظمة العالمية للتجارة حيث أكدت ذلك الوثيقة

الختامية للجولة، والتي ورد في مادتها الأولى أن ممثلي الحكومات والجماعات الأعضاء في لجنة المفاوضات

اتفقوا على إنشاء "منظمة التجارة الدولية" مقرها جنيف بسويسرا. وقد حددت الوثيقة: نطاق عمل المنظمة، ومهامها، وهيكلها التنظيمي، وعلاقاتها بالمنظمات الأخرى، وطرق اكتساب العضوية.

### الفرع الأول: هيكل المنظمة العالمية للتجارة

تتميز الهيكل التنظيمية للمنظمة العالمية للتجارة بتعدد الأجهزة وتنوع اختصاصاتها، وكان غرض واضعي اتفاقية مراكش من هذه الهيكلية تحقيق السرعة و الفعالية في اتخاذ القرارات. و تتضمن هذه الهيكلية، أجهزة عامة تشمل اختصاصاتها جميع الاتفاقيات، وأجهزة متخصصة تتكفل بتنظيم مجال معين من مجالات التجارة الدولية.

**أولاً: المؤتمر الوزاري:** يتألف المؤتمر الوزاري من وزراء التجارة للدول الأعضاء بالمنظمة العالمية للتجارة ويعتبر رأس السلطة في المنظمة. ويجتمع المؤتمر الوزاري مرة كل عامين على الأقل، وتتعدد مسؤوليات هذا المؤتمر الوزاري ومهامه خاصة في: إنشاء اللجان الفرعية والداخلية<sup>33</sup>، تعيين مدير عام المنظمة وتحديد صلاحياته. تفسر الاتفاقيات الخاصة بالمنظمة كما يكون من اختصاصاته إمكانية إعفاء الأعضاء من بعض الالتزامات وقبول طلبات الأعضاء بتعديل بعض بنود الاتفاقيات، الموافقة على إضافة اتفاقيات تجارية أخرى واعتماد عضوية الأعضاء الجدد أين يتخذ المؤتمر الوزاري قرارات الانضمام، ويوافق على شروط اتفاق الانضمام بأغلبية ثلثي أعضاء المنظمة بالإضافة الى اختصاص الموافقة على استثناء بعض الأعضاء من تطبيق اتفاقات تجارية متعددة الأطراف.

**ثانياً/ المجلس العام:** يضم ممثلين عن الدول الأعضاء في المنظمة، ويقوم بمهام المؤتمر الوزاري في الفترات التي تفصل بين اجتماعاته ، وبالتالي فالمجلس العام له صفة الاستمرارية لأنه قابل للانعقاد في أي وقت ومن أهم اختصاصاته:

- اختصاص إداري، ويتمثل في اعتماد المجلس للأنظمة المالية وتقديرات الميزانية السنوية.
  - اختصاص رقابي، حيث له صلاحية القيام بمسؤوليات جهاز مراجعة السياسات التجارية
  - اختصاص قضائي، حيث يمكن للمجلس أيضا القيام بمسؤوليات جهاز تسوية المنازعات
- كما يقوم المجلس بالإشراف العام على المجالس النوعية كمجلس التجارة في السلع، مجلس التجارة في الخدمات، ومجلس حقوق الملكية الفكرية والإطلاع على أنشطة مختلف الأجهزة ، كما ينفرد المجلس

<sup>33</sup> - ينشئ المؤتمر الوزاري لجنة للتجارة والتنمية، ولجنة لقيود ميزان المدفوعات، ولجنة للميزانية والمالية والإدارة، تقوم بالمهام الموكلة إليها بموجب اتفاقيات التجارة المتعددة الأطراف، وبأي مهام إضافية يعهد بها المجلس العام، وله أن ينشئ أي لجان إضافية لأداء ما يراه مناسباً من مهام.

بصلاحية إقامة التعاون مع كل المنظمات الدولية من أجل تحقيق التناسق في وضع السياسة الاقتصادية العالمية<sup>34</sup>.

**ثالثا/ الأمانة العامة:** يتكفل بإنشائها المؤتمر الوزاري ويقوم بتعيين مدير عام يرأسها، كما يقوم هذا الأخير بتعيين موظفي الأمانة وفقا للقواعد التي يعتمدها المؤتمر الوزاري، وتقوم الأمانة العامة بالمهام الإدارية المتمثلة في الشؤون المالية و مسائل الميزانية، و الأهم من ذلك مساعدة الأعضاء في تسوية المنازعات و مساعدة فرق التحكيم في الجوانب القانونية والإجرائية للأمور المطروحة ومحل إشكالات.

**رابع/ جهاز تسوية المنازعات:** كانت الأحكام التي تضمنتها الغات 1947 بخصوص حل النزاعات التجارية الدولية تتسم بالقصور وعدم الفعالية بسبب غياب الهيئة المؤسسة المكلفة بالإشراف على تنفيذها، كما أنها لم تكن ملزمة بشكل كاف. فقبل ظهور المنظمة العالمية للتجارة سادت الفوضى في العلاقات التجارية الدولية حيث كانت الدول تتبادل العقوبات التجارية فيما بينها وفقا للقوانين التجارية المحلية لكل منها. لذلك جاء نظام المنازعات في المنظمة العالمية للتجارة ليمثل عنصرا أساسيا لصيانة حقوق الأعضاء، فالمنظمة تسعى للبحث عن إمكانيات الحلول الودية قبل عرض النزاع على جهاز حل الخلافات بغية إيجاد بيئة تسودها الثقة بالنظام التجاري المتعدد الأطراف<sup>35</sup>.

**خامسا: الأجهزة المتخصصة/** كما أن المنظمة العالمية للتجارة لها أجهزة متخصصة تم إقرارها في اتفاقية مراكش 1994، وعلى هذا الأساس ومن أجل تحقيق مبدأ التخصص وضعت اتفاقية مراكش نوعين من الأجهزة المتخصصة: يتمثل النوع الأول في المجالس التي تختص بقطاع من القطاعات، أما النوع الثاني فيتمثل في اللجان المختصة بمسائل محددة وردت في اتفاقية مراكش.

**النوع الأول/ المجالس :** تعمل هذه المجالس تحت إشراف المجلس العام، وتنعقد اجتماعاتها حسب الضرورة للقيام بمهامها، أما فيما يخص نطاق الاختصاص، فإن كل مجلس يشرف على الاتفاقية التي تدخل في نطاق اختصاصه، فمجلس السلع يختص بالإشراف على سير الاتفاقية في مجال السلع، ومجلس الخدمات يختص بسير الاتفاقية في مجال الخدمات، ومجلس الملكية الفكرية يختص بالإشراف على سير الاتفاقية في مجال حقوق الملكية الفكرية. هذا بالإضافة للمهام التي قد يكلفها المجلس العام،

<sup>34</sup> - pour plus d'informations consulter le site : [www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/org4\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org4_f.htm)

<sup>35</sup> - Marre Béatrice, Rapport d'information sur la préparation de la Conférence ministérielle de l'OMC : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/omc/fonctions.shtml>

أما بالنسبة للعضوية فيها فهي مفتوحة لممثلي جميع الدول الأعضاء، وذلك احتراماً للمساواة القانونية بين الدول التي تعمل المنظمة على تحقيقها.

**النوع الثاني/ اللجان المتخصصة:** وهي نوعان: الأول بينته اتفاقية مراكش و الثاني بينته اتفاقية تجارة السلع. بالنسبة للنوع الأول ، فقد جاء في اتفاقية مراكش أنه يحق للمؤتمر الوزاري للمنظمة إنشاء لجان محددة أو أية لجان أخرى تكون عضويتها مفتوحة لممثلي جميع الدول، ومن بين هذه اللجان لجنة التجارة والتنمية، لجنة ميزان المدفوعات ، لجنة الميزانية و المالية، وتقوم هذه اللجان بالمهام الموكولة إليها، بالإضافة إلى المهام التي قد يكلفها به المجلس العام. أما فيما يخص النوع الثاني، فأهمها: اللجنة المعنية بالقيود الفنية على التجارة، لجنة إجراءات الاستثمار المتعلقة بالتجارة، لجنة الزراعة ، لجنة قواعد المنشأ، لجنة الدعم والإجراءات التعويضية ولجنة مراقبة المنسوجات.

### الفرع الثاني: المبادئ التي تقوم عليها منظمة العالمية للتجارة

وهي مختلف المبادئ التي تسعى إلى تكريسها المنظمة العلمية للتجارة في مختلف الاتفاقيات الخاضعة لها وفي المجالات المحددة.

#### أولاً/ مبدأ عدم التمييز بين دول الأعضاء: ومفاد هذا الأخير ومبدأ حسن النية من المبادئ

الأساسية التي تحكم التجارة الدولية وتتفرع عنهما العديد من القواعد. إذ تبنت المنظمة العلمية للتجارة مبدأ عدم التمييز مع مستلزماته، فلا يجب تمييز أية دولة في العلاقات التجارية الدولية، وهو ما كان يطرح مشاكل مع مسألة الشرق الأوسط فيما يخص الدول التي كانت ترغب في وضع بعض الشركات و حتى بعض الدول على اللائحة السوداء (الدول المدعمة للإرهاب)، وتعتبر من مستلزمات هذا المبدأ، المساواة في التعامل بين المنتجات الأجنبية عند التصدير، الاندماج الاقتصادي الجهوي (الاتحاد الأوروبي على سبيل المثال) والمساواة في التعامل بين المنتجات الأجنبية عند الاستيراد و المنتجات الوطنية<sup>36</sup>.

#### ثانياً/ مبدأ القيود الكمية واستبدالها بالرسوم الجمركية: فإن تنظيم تجارة البضائع يجب

أن تؤسس أولاً على اللجوء إلى أداة الرسم الجمركي الذي يعتبر الأكثر شفافية، لقد كان نظام الحصص هذا يناقض القاعدة العامة للغات التي كانت تفضل الرسوم الجمركية عن تدابير القيود الكمية، كما كان يشكل استثناء من مبدأ الغات المتعلق بمبدأ المساواة في المعاملة بين كل الشركاء التجاريين لأنه يحدد الكمية التي يعتبر البلد المستورد جاهزاً لقبولها من جانب هذا البلد المصدر أو ذاك. بالإضافة إلى ذلك ،

<sup>36</sup> - Pour plus d'information sur les principes fondamentaux de l' OMC, voir: Introduction aux règles et principes fondamentaux de l'OMC, in: [https://ecampus.wto.org/admin/files/Course\\_412/Module\\_726/ModuleDocuments](https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_412/Module_726/ModuleDocuments).

فقد مثلت هذه الاتفاقية صورة من صور التمييز من قبل الدول الصناعية المتقدمة ضد صادرات البلدان النامية من النسيج و الملابس التي تمتلك الميزة النسبية لإنتاجها بدرجة معقولة، كما كان هذا النظام يمثل قيда كميا صارما على قدرات البلدان النامية في التوسع في صناعاتها، و بالتالي صادراتها من المنسوجات و الملابس. بالتالي تلتزم الدول الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة بتحويل القيود الكمية (كمع دخول السلع وأنظمة الحصص والتعقييدات الإدارية المبالغ فيها) التي تراكمت منذ فترة طويلة إلى رسوم جمركية. وعلى هذه الدول أن تضع حدا أعلى للرسوم الجمركية المفروضة على جميع السلع. لا يجوز تجاوز هذا الحد لاحقا إلا في حالات مكافحة الإغراق أو الوقاية التي تخضع لشروط محددة<sup>37</sup>.

**ثالثا/ مبدأ حسن النية:** وهو مبدأ أساسي لكل علاقة تعاقدية . ويشكل متطلب حسن النية ضمنا أساس بعض القواعد الأكثر أهمية في المنظمة العالمية للتجارة. وهي كالآتي: تثبيت الالتزامات بشأن فتح السوق و الحماية بواسطة الرسوم الجمركية فقط. فبالنسبة لتجارة السلع و الخدمات ، فإن عروض انفتاح السوق ( تقليص الرسوم الجمركية ، تفكيك الحصص، الترخيص لتأسيس الأنشطة الخدمائية...) المقدمة بصفة فردية من طرف الدول المفاوضة في المنظمة العالمية للتجارة يتم تسجيلها بصفة حازمة و نهائية بمجرد قبولها من طرف بقية المشاركين ، ويتم إدماج هذه العروض في قانون المنظمة العالمية للتجارة و تكتسب القوة القانونية للمعاهدات الدولية. و تسمى هذه العملية "بالتثبيت" لتسجيل العبور من نظام عرض التفاوض إلى نظام الالتزام المثبت، والحماية بواسطة الرسوم الجمركية فقط، بالتالي فتنظيم تجارة البضائع يجب أن تؤسس أولا على اللجوء إلى أداة الرسم الجمركي الذي يعتبر الأكثر شفافية.

**رابعا/ مبدأ الشفافية في المعاملات:** يهدف الالتزام بالشفافية إلى ضمان ولوج سهل للمعلومات التنظيمية و الإدارية الوطنية التي تؤثر على شروط المبادلات التجارية. وهو يشكل موضوع مبدأ عام في إطار الاتفاق العام حول تجارة السلع والخدمات، و حقوق الملكية الفكرية و العديد من الشروط الخاصة في مختلف اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة. و تعتبر هذه الشروط جد مهمة في الاتفاق الذي يعالج اللوائح التقنية و اتفاق تسهيل المبادلات. وحفاظا على تحقيق مبدأ الشفافية استوجب احترام القواعد التقنية الخاصة بالسلع والخدمات، اذ تلعب القواعد التقنية دورا مهما، غير أنها تختلف من دولة

<sup>37</sup> - Gabrielle Marceau, PRINCIPES GENERAUX DU GATT/DE L'OMC Le cadre juridique des relations commerciales internationales, p 12, in: <http://www.ceim.uqam.ca/>

لأخرى. إن وجود كم هائل من هذه القواعد المختلفة يجعل الأمور جد صعبة بالنسبة للمنتجين و المصدرين، إذ يمكن للقواعد أن تصبح حواجز أمام التجارة. ومع ذلك فإن هذه القواعد تبقى ضرورية للعديد من الأسباب انطلاقاً من حماية البيئة إلى غاية إعلام المستهلك مروراً بالحماية ضد المخاطر والأمن الوطني.<sup>38</sup>

### خامساً/ مكافحة الإغراق والمساعدات الوطنية :

أ/ الإغراق: يعني الإغراق وضعية تجارية يبدو فيها ثمن بيع منتج ما عند الاستيراد منخفضاً عن قيمته العادية (يرتكز على العموم على ثمن بيع نفس المنتج على السوق الداخلي للمصدر). فالإغراق يسمح إذن بإدخال سلعة معينة منتجة في دولة ما إلى سوق دولة أخرى بسعر أقل من قيمتها العادية، وحتى تكون سياسة مكافحة الإغراق منسجمة من الناحية القانونية مع التنظيم التجاري العالمي يجب أن تتوفر فيها شرطين أساسيين هما: أن يكون حجم الإغراق الذي يصيب الدولة المستوردة كبيراً، وعلى الدولة المستوردة إثبات الضرر الذي تتحمله، ولذلك يجب القيام مقدماً بتحقيق معمق طبقاً لقواعد خاصة، ويجب أن يشمل تقييماً لكل العوامل الاقتصادية التي لها تأثير على وضعية فرع الإنتاج الوطني المعني بالأمر. فالضرر هو إذن الشرط الأساسي لتحريم الإغراق، ويبرر الإجراءات التجارية ضده. وعلى هذا الأساس ليست هنالك أي حكمة أو فائدة من مكافحته عند عدم وجود الضرر كأن تنتج الدولة المستوردة سلعة مماثلة حالياً أو في المستقبل.<sup>39</sup>

ب/ المساعدات الوطنية (الدعم): إن ما يعاب بالخصوص على التدابير الهادفة إلى دعم الأسعار الداخلية أو دعم الإنتاج بطريقة أخرى هو أنها تشجع الزيادة في الإنتاج مما يؤدي إلى إقصاء المنتجات المستوردة من السوق، أو تؤدي إلى دعم الصادرات وممارسة الإغراق على الأسواق العالمية، بالنسبة لبرامج الدعم التي لها تأثير مباشر على الإنتاج ، فقد قبلت الدول المتقدمة تخفيض هذا الدعم ب 20% في ظرف ستة سنوات ابتداء من 1995، كما التزمت البلدان النامية بالقيام بتخفيضها ب 13% خلا ل عشر سنوات. أما البلدان الأكثر فقراً فهي ليست ملزمة للقيام بأي تخفيض. أما بالنسبة لبرامج الدعم التي ليس لها تأثير أو لها تأثير ضعيف على التجارة<sup>40</sup>، فإنه يسمح باتخاذها. ويخص هذا الدعم بصفة خاصة:

<sup>38</sup> - Gabrielle Marceau, op cit, p 12.

<sup>39</sup>- ibidem, p 13.

<sup>40</sup> - Gabrielle Marceau, op cit, p 12

➤ الخدمات التي تقدمها السلطات العمومية كالبحث و الصحة العمومية و البنية التحتية و الأمن الغذائي.

➤ الأداءات المدفوعة مباشرة للفلاحين و التي ليس من شأنها تحفيز الإنتاج، كما هو الشأن بالنسبة لبعض أشكال الدعم المباشر للدخول و المساعدة على إعادة هيكلة الإستغلالات الزراعية

➤ الأداءات المباشرة المقدمة في إطار برامج حماية البيئة.

➤ بعض الأداءات المباشرة للفلاحين بغية الحد من الإنتاج.

➤ برامج المساعدة التي تقدمها الدولة من أجل التنمية الفلاحية في البلدان النامية.

سادسا/ مبدأ حماية حقوق الملكية الفكرية والأدبية: أدخل اتفاق المنظمة العالمية للتجارة حول مظاهر حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة (ADPIC)<sup>41</sup> التي تم التفاوض بشأنه أثناء جولة الاوروغواي المنعقدة من 1986 إلى 1994 لأول مرة القواعد المتعلقة بالملكية الفكرية في النظام التجاري المتعدد الأطراف. تختلف درجة حماية و احترام هذه الحقوق كثيرا من بلد لآخر. وبما أن الملكية الفكرية أصبحت تلعب دورا مهما في التجارة، فقد أصبحت هذه الاختلافات مصدر توترات في العلاقات الاقتصادية الدولية، فكان من الضروري إعداد قواعد تجارية جديدة متفق عليها على المستوى الدولي بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية كوسيلة لتدعيم النظام و حل الخلافات بشكل منظم<sup>42</sup>.

سابعا/ مبدأ المشاورات والمفاوضات التجارية في حل المنازعات: ينشأ الخلاف عندما تتخذ دولة ما تدبيرا من تدابير السياسة التجارية أو من طبيعة أخرى يعتبر من طرف أحد أو العديد من أعضاء المنظمة العالمية للتجارة على أنه يخرق اتفاقيات المنظمة، أو يخل بالتزامات معينة. ويمكن لمجموعة ثالثة من الدول أن تعلن على أن لها مصلحة في القضية فتستفيد من بعض الحقوق. وقد وضعت مذكرة الاتفاق المنبثقة عن جولة الأوروغواي مسطرة مهيكلة، ذات مراحل محددة بكل وضوح، وأنشأت نظاما صارما فيما يخص آجال حل قضية من القضايا، وآجال مرنة لمختلف مراحل المسطرة، وتشير إلى أن

<sup>41</sup> - Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. voir: Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2., German Velasquez et Pascale Boulet, Mondialisation et accès aux médicaments. Les implications de l'Accord ADPIC/OMC - Série « Économie de la santé et médicaments », n° 7, WHO/DAP/98.9, novembre 1997.

<sup>42</sup> - Recours aux flexibilités de l'Accord sur les ADPIC dans les pays en développement : peuvent-elles promouvoir l'accès aux médicaments ?, Centre Sud et Organisation mondiale de la Santé, 2006, Genève, p. 51-58, disponible à l'adresse : <http://www.southcentre.org/index>.

الحل السريع يعتبر ضروريا لحسن سير المنظمة العالمية للتجارة، بالتالي فالمنظمة تسعى الى حل الخلافات عن طريق المشاورات والمفاوضات بين الأعضاء إلا انه في بعض الحالات يتعدى الأمر في الجانب القضائي من خلال اختصاص جهاز تسوية منازعات التجارة الدولية ORD على مستوى المنظمة<sup>43</sup>.

### الفرع الثالث: أهداف المنظمة العالمية للتجارة، يمكن اختصارها فيما يلي:

- التحرير التدريجي للتجارة الدولية من القيود الوطنية وذلك من خلال المفاوضات متعددة الأطراف.
- تحقيق التنمية الاقتصادية للدول الأعضاء وتقرير الفكر التنافسي.
- الحفاظ على سيادة القانون في العلاقات التجارية الدولية.
- السهر على تكريس المبادئ التي تقوم عليها المنظمة والسعي الى تكريسها عمليا.
- التعاون مع البنك العالمي وصندوق النقد الدولي من اجل الحفاظ على استقرار المعاملات التجارية الدولية وتحقيق تنمية للدول النامية (دول العالم الثالث).
- السهر على حل الخلافات التجارية الدولية التي تنشأ بين أعضاء المنظمة وفقا لمبادئ الشفافية وحسن النية والتعاون.

### الفرع الرابع: إجراءات طلب العضوية وشروط الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة

**أولا/ إجراءات طلب العضوية:** يتم قبول دولة ما في عضوية المنظمة باعتماد إحدى الطريقتين الآتيتين أو كليهما: الطريقة الاولى والتي تتمثل في تلقى الدولة المعنية من لجنة مخصصة للنظر في طلبات العضوية الجديدة قائمة بالسلع والخدمات التي ستشهد تخفيضا في رسومها الجمركية . و تكون هذه اللجنة مكونة في الغالب من الدول الصناعية الكبرى، إضافة إلى أهم الدول ذات العلاقات التجارية مع الدولة الراغبة في اكتساب عضوية المنظمة. أما الطريقة الثانية فتكون من خلال تقديم الدولة الراغبة في العضوية بنفسها بقائمة تشمل تخفيضات في الرسوم الجمركية تكون أساسا للتفاوض. وفي بعض الأحيان تتم الطريقتان معا فتتقدم الدولة المعنية بقائمة لتخفيض الرسوم الجمركية، وفي الوقت نفسه تتلقى قائمة بالتخفيضات المطلوبة من اللجنة المشكلة للنظر في العضوية. هذا ولا تشترط مبادئ واتفاقيات منظمة التجارة العالمية التطبيع التجاري بين أعضاء المنظمة، وذلك استنادا إلى الاستثناء المذكور في المادة 13 من اتفاقية مراكش لتأسيس منظمة التجارة العالمية (المادة 33 من اتفاقية الغات السابقة)، الذي

<sup>43</sup> - Organisation mondiale du Commerce, *Législation des Membres donnant effet au système prévu au paragraphe 6*, disponible à l'adresse : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/par6laws\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/par6laws_f.htm)

يسمح لدولة ما بـ "عدم تطبيق" الاتفاقية تجاه دولة أخرى شرط إبلاغها عن ذلك قبل موافقة المؤتمر الوزاري على الانضمام

: حتى يقبل انضمام الدولة يجب عليها أن تلتزم بـ

1- تقديم تنازلات للرسوم الجمركية: تشترط منظمة التجارة العالمية على الدولة الراغبة في الانضمام إليها تقديم جدول للتنازلات بشأن التخفيضات التي ستدخلها على الرسوم الجمركية تشكل التزامات لا يمكن رفعها من حيث المبدأ إلا في حالات خاصة.

2- تقديم التزامات في الخدمات: تقدم الدولة جدولاً بالالتزامات التي ستلتزم بها في قطاع الخدمات يشتمل على قائمة بالحوافز التي تعترض القطاعات والنشاطات المهنية الخدماتية ووضع جدول زمني لإزالتها.

3- الالتزام باتفاقيات منظمة التجارة العالمية: تتعهد الدولة الراغبة في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية بالتوقيع على بروتوكول انضمام يشمل الموافقة على تطبيق والالتزام بجميع اتفاقيات منظمة التجارة العالمية (ما عدا اتفاقية المناقصات الحكومية واتفاقية الطائرات المدنية فإنهما من الاتفاقيات الاختيارية)، أي عليها أن توافق على اتفاقيات جولة أورغواي. أي أنه لا سبيل أمام الدولة للاختيار بين الاتفاقيات بعكس ما كان سائدا أيام الغات وخاصة بعد جولة طوكيو حيث لم توقع معظم الدول النامية على نتائجها التي تمثلت باتفاقيات خاصة.

### المطلب الثالث: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI<sup>44</sup>:

تعتبر لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة من أهم الأجهزة المستحدثة من أجل تنظيم مجالات التجارة الدولية.

**الفرع الأول: التعريف باللجنة:** تعتبر هذه اللجنة بمثابة السلطة التشريعية في مجال التجارة الدولية نظرا للإسهامات القانونية التي تسعى إلى تحقيقها في مجال وضع قواعد وأحكام خاصة بمعاملات التجارة الدولية، وفي اجتماع للأمم المتحدة عام 1966 قررت إنشاء لجنة تهتم بمجال قانون التجارة

<sup>44</sup> - La CNUDCI est composée à l'origine de 29 États, et a été étendue à 36 en 1973, et de nouveau à 60 en 2002. Les États membres de la CNUDCI représentent différentes traditions juridiques et niveaux de développement économique, ainsi que les différentes régions du globe. Elle comprend 14 pays africains, 14 pays asiatiques, 8 États d'Europe orientale, 10 États des Caraïbes et d'Amérique latine, et 14 pays d'Europe occidentale. Les États membres de la Commission sont élus par l'Assemblée générale. L'adhésion est structurée de manière à être représentative des diverses régions géographiques du monde et les principaux systèmes économiques et juridiques. Les membres de la commission sont élus pour un mandat de six ans, avec renouvellement par moitié tous les trois ans.

الدولية واقتراح أن تكون مهمة اللجنة إعداد وترويج معاهدات أو اتفاقيات دولية جديدة ونماذج قوانين وقوانين موحدة وتقنين ونشر الاصطلاحات والشروط والعادات والأعراف التجارية الدولية،

**الفرع الثاني: عمل اللجنة:** للجنة أن تكون مجموعات عمل من عدد محدود من الأعضاء للقيام بإعداد مشروع اتفاقية أو تعديل اتفاقية أو لدراسة موضوع معين أو لوضع نموذج لقانون موحد أو لعقد موحد ثم يناقش هذا العمل بعد ذلك في اللجنة. وقد اختارت اللجنة في أول دورة لها سنة 1968 عدة موضوعات تقوم بدراستها: البيع التجاري الدولي، والتحكيم، والنقل، والتأمين والوفاء بالديون الدولية عن طريق الأوراق التجارية والاعتمادات المصرفية، والملكية الذهنية، استبعاد ومنع التفرقة بين الدول في القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية، والتمثيل التجاري، والتصديق على الوثائق في مجال التجارة الدولية. وقررت اللجنة أن الأولوية للبيع التجاري الدولي، وطرق الوفاء بالديون الدولية، والتحكيم التجاري الدولي. ولقد ساهمت هذه اللجنة في إنشاء العديد من القواعد التي لها علاقة بالتجارة الدولية من خلال مساهماتها الفعلية في العديد من الاتفاقيات الدولية.

هذه الأخيرة (اللجنة) تعمل بالتنسيق مع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، إذ ساهم هذا المعهد بكثير في مجال إعداد قواعد خاصة بمجال عقود التجارة الدولية خاصة من خلال إقراره للمبادئ الموحدة للعقود الدولية، التي تعطي الأحكام العامة التي تسري وفقها العقود الدولية، خاصة النص على المبادئ الأساسية التي تقوم عليها كمبدأ حسن النية والحرية التعاقدية، ولعل أبرز أعماله تتمثل في القواعد العامة التي تحكم العقود الدولية Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ، والتي تم تجميعها عام 2010.

**المطلب الرابع: الهيئات غير حكومية:** فهي التي تتكون من أعضاء لا يمثلون حكومات معينة وإنما يشتركون فيها بصفاتهم الشخصية من المتخصصين والمشتغلين بقانون التجارة الدولية وأهم هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية بباريس CCI ، واللجنة البحرية الدولية في بروكسل IMC وتعمل على توحيد القانون البحري على المستوى الدولي.

**الفرع الأول: غرفة التجارة الدولية:** تعتبر غرفة التجارة الدولية كونها المنظمة الوحيدة المعنية حقا بقطاع الأعمال العالمي لهذا التحدي بإصرارها على طرح وجهات نظر قطاع الأعمال والتعبير عنها<sup>45</sup>. وتغطي نشاطات الغرفة نطاقا واسعا يشمل من بين قضايا أخرى التحكيم وتسوية النزاعات والدفاع عن

<sup>45</sup> - La Chambre de commerce internationale (CCI) représente mondialement les entreprises et a pour objectif de favoriser les échanges et l'investissement, l'ouverture des marchés aux biens et aux services, et la libre circulation des capitaux.

التجارة الحرة واقتصاد السوق، والتنظيم الذاتي لمؤسسات الأعمال، وتساهم هذه الهيئة في توحيد أحكام التجارة الدولية من خلال القرارات التي تتخذها خاصة المحكمة التحكيمية والتي تعتبر اجتهادا ومرجعا لمختلف القضايا المطروحة أمامها، ولقد ساهمت الغرفة في عملية التوحيد خاصة من خلال وضع مصطلحات التجارة الدولية les incoterms التي تعبر عن عقود دولية، ووضع قواعد عامة للمصالحة والتحكيم الذي يكون أمامها (نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية).

**الفرع الثاني: اللجنة البحرية الدولية:** تسعى هذه اللجنة إلى دعم التعاون في تنظيم الممارسات الخاصة بالشحن في التجارة الدولية، السعي من أجل تحقيق أعلى معايير عملية للسلامة الملاحية وكفاءة البحرية، تشجيع والتحكم في التلوث الملاحي بسبب السفن وغيرها والمواني، وناقلات البترول، تشجيع التخلص من عوائق خدمات الشحن الدولية، والإعداد لاتفاقيات ملاحية دولية، بالإضافة إلى العمل على توحيد أحكام القانون البحري على المستوى الدولي، وإعداد مشاريع قوانين والاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية خاصة البحرية منها، ومن أهم أعمالها الاتفاقية الدولية لعام 1924 ببروكسل.

### المبحث الثاني: الأشخاص الفاعلين في مجال إبرام المعاملات التجارية الدولية

يتم التطرق في هذا المحور إلى الأشخاص الفاعلين في مجال إبرام معاملات التجارة الدولية، والتي تسري عليها مختلف الأحكام والقواعد المنظمة لعقود التجارة الدولية التي وضعها مختلف الهيئات المتخصصة في المجال المذكور.

**المطلب الأول: الدولة/ تتدخل الدولة في مجال معاملات التجارة الدولية من خلال إبرامها للعقود والصفقات الدولية،** كما أنها تعتبر عنصرا فاعلا في مجال إنشاء القواعد القانونية التي لها علاقة مباشرة بمجال التجارة الدولية<sup>46</sup>، إلا أنه سوف نخصص هذا المطلب للجانب التعاقدي للدولة ومبدى مساهمتها في مجال تفعيل التجارة الدولية.

كما تتدخل الدولة في العلاقات الاقتصادية الدولية كشخص سيادي من أشخاص القانون الدولي، كما تتدخل بصفقتها شريكًا متعاقدًا يتصرف على قدم المساواة مع الطرف الآخر، وهو شخص من أشخاص القانون الخاص. وإذا كان هذا يؤثر في طبيعة العقد الذي تبرمه الدول مع الأشخاص الأجنبية الخاصة، فإنه كذلك، يلعب دورًا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، وفي تحديد

<sup>46</sup> - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 2. وخاصة ص 35.

الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات العقود التي تكون الدولة طرفاً بصفة عامة<sup>(47)</sup>، والدولة إما أن تتدخل بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة، كأن تتدخل بواسطة أجهزتها، خصوصاً وأن بعض الدول توكل نشاطاتها إلى أجهزة مستقلة، قد تتبع القانون العام، كما قد تكون تابعة للقانون الخاص وهي بذلك تتخذ أشكالاً مختلفة ومتنوعة مثل الشركات الوطنية لاستغلال الثروات الطبيعية، منها النموذج الإيراني، والشركة الوطنية الجزائرية لإنتاج ونقل وتسويق المحروقات SONATRACH بالنسبة للجزائر.

### الفرع الأول: الدولة عون اقتصادي (سلطة عامة).

في هذه الحالة وجود الدولة وهي شخص ذو سيادة يتمتع بامتيازات السلطة العامة في المجال الداخلي، وشخص من أشخاص القانون الدولي في الوقت نفسه. أما الطرف الآخر، وهو الشخص الأجنبي، طبيعي أو معنوي، فإنه لا يتمتع بتلك الامتيازات، ولا يعد شخصاً قانونياً دولياً لكنه يملك إمكانيات مالية وتكنولوجية ومن ثم قوة اقتصادية قد تفوق في بعض الأحيان الدولة المضيفة، خاصة إذا كانت من الدول النامية، وعليه فإن العلاقة بين الطرفين تتميز بعدم التجانس وتفاوت قانوني واقتصادي<sup>(48)</sup>. وبناءً على ما تقدم فالدولة باعتبارها طرفاً فاعلاً في مجال إبرام عقود التجارة الدولية خاصة مع الشركات الأجنبية وفقاً لهذا المنطق، فإن تدخلها يكون وفقاً للعناصر الآتية:

#### أولاً: تمسك الدولة بسيادتها على ثرواتها/ ومضمون هذا الأخير أن الدولة تمارس سيادتها على

ثرواتها والمواد الأولية التي تنتجها أو تستخرج من شركات أجنبية وتدخل في مجال المعاملات للتجارة الدولية (العقود الدولية)، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ التي كرسها ميثاق الأمم المتحدة إضافة إلى حق الشعوب في تقرير مصيرها، والمساواة بين الدول وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وفي هذه الحالة فجميع العقود التي تبرمها الدول (العالم الثالث)، يظهر من خلال أحكامها عدم التوازن أين تتعامل الدول المتقدمة والشركات الأجنبية بنوع من اللامعالة خاصة كون هذه الدول مستعمرات سابقة بالإضافة إلى بقاء الشركات الأجنبية مستغلة للثروات<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> - صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 176.

<sup>48</sup> - IBRAHIM Ali, Les contrats internationaux d'Etat et responsabilité contractuelle au regard du droit international public, Thèse, Nice, 1985., p 44. Voir aussi : LEBOULANGER Philippe, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, Paris, 1985 op.cit., p 7—9

<sup>49</sup> - القرار رقم 18/03 الصادر من هيئة الأمم المتحدة لسنة 1962، حول سيادة الدول على ثرواتها الاقتصادية.

**ثانياً: تمتع الدولة بالحصانة السيادية** باعتبار الدولة شخص من أشخاص القانون العام، وهي تحوز على السلطة العامة، ومن هذا المنطلق عند تدخل دولة كمتعامل اقتصادي في مجال إبرام العقود الدولية فإنها تستعمل سلطتها من خلال إظهارها لمظاهر الحصانة التي تتمتع بها والتي يمكن اختصارها فيما يلي:

**أ/ الحصانة القضائية:** ومضمون هذه الأخيرة رفض الدولة الخضوع للقضاء الأجنبي (قضاء دولة أجنبية) فهي تتمتع بالاستقلال والسيادة مما يجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى، ويظهر ذلك من الناحية العملية حين يتم الاشتراط في العقود التي تبرمها الدولة إلى اختصاص قضائها الوطني للفصل في المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقد أو فرضها على المتعاقد الأجنبي، إضافة إلى رفضها في تشريعاتها اللجوء والاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي (حال الجزائر قبل سنة 1993).

**ب/ الحصانة التنفيذية:** تظهر هذه الأخيرة رفض الدولة لتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة ضدها في مجال تنفيذ العقود التي أبرمتها، فهي قادرة على الإفلات من تنفيذ القرارات التحكيمية استناداً إلى تمتعها بحصانة ضد إجراءات التنفيذ والتي تحمي أموالها بالخارج، حيث يواجه الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة هذا الإشكال الذي يحول دون حصوله على أمواله أو يمنعه من ذلك، بالرغم من قبول الدولة ورضاها باللجوء إلى المحكمة التحكيمية، لكن في هذه الحالة الخضوع الاختياري لشرط التحكيم يعد تنازلاً عن حصانتها أمام المحكمة التحكيمية، وأما التمسك بها يتعارض مع مبدأ حسن النية عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ومبدأ أمن واستقرار العقد (القوة الملزمة للعقد الدولي).

**ثالثاً/ حرية الدولية في تعديل شروط العقد:** يؤكد بعض الفقه على ضرورة تطبيق التام والمطلق لمبدأ عدم تعديل شروط العقد، لكن البعض الأخرى يرى ضرورة الاعتراف للدولة باعتبارها شخص سيادي وطرف في العقد في تعديل أو فسخ العقد بصفة انفرادية، ومن بينها هيئات التحكيم التي تعتبران تراجع الدولة عن تنفيذ التزاماتها العقدية لا يشكل إخلالاً للالتزام التعاقدي من شأنه طرح المسؤولية العقدية للدولة احتراماً لسيادتها، لكن هذا التوجه يتنافى والأسس التي تقوم عليها العقود الدولية خاصة ما يتعلق بالحرية التعاقدية والحفاظ على أمن واستقرار العقود الدولية وتنفيذها بحسن النية، بالتالي فغالبية القرارات التحكيمية الحديثة تستبعد مسألة السيادة وتؤكد فقط على القوة الإلزامية للعقد الدولي والاشتراطات العقدية.

**الفرع الثاني: الدولة عون اقتصادي خاص/** إن الظروف التي أملت التجارة الدولية خاصة في مجال الاحتكار الشركات الأجنبية للخدمة والسلعة في السوق الدولية أدى إلى فرضها واقعها التعاقدي، وإخضاع كل العقود إلى مبدأ الحرية التعاقدية وما يترتب على ذلك، ومن ثم كان على الدولة من أجل

الحصول على خدمات هذه الشركات إبرام عقود وتنزل إلى مقام الشخص الخاص، ما يؤدي بها إلى عدم تمسكها بالحصانة السيادية والقضائية في مواجهة الشركات الأجنبية، بالتالي هناك تراجع واضح في مجال استعمال سلطتها وسيادتها في إبرام العقود الدولية.

**أولا/ تضيق نطاق تطبيق الحصانة السيادية:** ان تصرف الدولة كشخص خاص ادى بالفقه الى الاختلاف حول مسألة الحصانة السيادية ومدى قدرة الدولة الاحتفاظ بها في ابرام العقود الدولية،

**أ/ في مجال الحصانة القضائية:** يرى الفقه (الأستاذ CHALILON)، أن الدولة بموافقتها على شرط التحكيم، تعبير صريح عن تنازلها على الحصانة وخضوعها لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فالدولة باعتبارها عوناً اقتصادياً في مجال التجارة الدولية أو تاجراً لا يمكن لها التمسك بسيادتها وحصانتها القضائية إلا إذا كان الهدف من العقد هو تحقيق المصلحة والتصرف كسلطة عامة، كما أنها هي حرة في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي مع الطرف الآخر وعرضه على التحكيم التجاري الدولي في حالة الخلاف بين الطرفين<sup>50</sup>، وعلى هذا الأساس ينادي الفقه إلى التمييز بين النشاطات السيادية وغير السيادية من حيث الغاية.

**ب/ في مجال الحصانة التنفيذية:** يؤكد الفقه في هذه النقطة على أنه لا وجود لأي استثناء يقع على الحصانة القضائية، بالتالي لا يمكن اتخاذ أي إجراءات تنفيذية ضد أي شخص معنوي (الدولة)، فإدراج شرط التحكيم في العقد الدولي لا يعد تنازلاً عن الحصانة القضائية ولا يعني قبول القواعد التحكيمية وتنفيذ قراراتها، إلا أن الفقه الحديث يعتبر تنازلاً وهذا ما تسعى الدول المتعاقدة خاصة المتقدمة منها إلى تقليص الحصانة وذلك من خلال المعاهدات الدولية وتشريعاتها الوطنية، فدخلت الدولة في علاقات خاصة من شأنه أن يتم استبعاد الحصانة التنفيذية خاصة إذا كانت الأموال المنفذ عليها تعود إلى ملكية خاصة للدولة ويتكفل بها القانون الخاص<sup>51</sup>.

**ثانيا/ حدود الدولة في تعديل شروط العقد:** إذا كانت السلطة العامة هي أساس سلطة الدولة في تعديل بنود العقد أو فسخه بصفة انفرادية، فإن نفس المبدأ يقرر ويبرر إمكانية قيام نفس السلطة بوضع حدود لسلطتها في تعديل العقد، خاصة إذا كان ذلك يخدم المصلحة العامة للدولة، فمعظم أحكام التحكيم تجيز ذلك صراحة أو ضمناً في إطار ممارسة الدولة لصلاحياتها التشريعية، ومن بينها نذكر عدم قابلية الدولة لمراجعة العقد احتراماً لمبدأ الحقوق المكتسبة كذلك في حالة الامتياز التشريعي.

<sup>50</sup> - CHALILON Stéphane, le contrat international, ed, vibert, paris, 2007, p 75/s.

<sup>51</sup> - CHALILON Stéphane, op cit, p 76.

أ/ احترام الحقوق المكتسبة: نجد هذا الأمر خاصة في العقود الدولية الكبرى وعقود الاستثمار الدولية، يقصد بها تلك "الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين والتي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد".

أولى فقه قانون التجارة الدولية وقانون الدولي الخاص اهتماما كبيرا لمبدأ الحقوق المكتسبة لإيجاد حلول لمشكلة تنازع القوانين، كما اعتمدت الدول المصنعة والشركات الكبرى على هذا المبدأ من أجل مواجهة إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدول النامية والدولية من خلال استعمال سلطتها السيادية، وإثارة مسؤولية الدولة لعدم احترامها التزاماتها التعاقدية.<sup>52</sup>

ب/ الامتياز التشريعي: مبدئيا للدولة الحق في إدخال التعديلات الضرورية على تشريعاتها مسيرة للتطور في المجال الاقتصادي، ذلك استنادا إلى فكرة المصلحة العامة التي يجب على الدولة أخذها بعين الاعتبار في إطار ممارستها لسلطتها التشريعية، لهذا نجد أن الطرف الأجنبي دائما يسعى إلى اختيار قانون أجنبي غير قانون الدولة المتعاقدة لتنظيم العقد، وفي الكثير من الحالات ما يفشل في ذلك.

إلا أنه في حالة خضوع العقد إلى قانون الدولة يستعين الطرف الأجنبي بشرط تجميد التشريع وذلك من خلال غل يد الدولة عن المساس بالتوازن التعاقدية ومنعها من تغيير الالتزامات الواردة في العقد بإرادتها المنفردة، وهذا ما يطلق عليه بالثبات أو الاستقرار التشريعي، إلا أنه من ناحية أخرى يمكن للمتعاقد الأجنبي أن يطالب الدولة حتى وإن تم الاشتراط في العقد على الثبات التشريعي أن يستفيد الطرف الأجنبي من النصوص التشريعية الجديدة في حالة ما إذا كانت لها فائدة له وهو ما يطلق عليه بالتدعيم التشريعي.

1- شرط الاستقرار التشريعي: ومضمونه أن تلتزم الدولة المتعاقدة بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم العقد، عند تعديل أو إلغاء القانون الذي يحكمه، فهو بمثابة تعطيل مؤقت معتمد لحق الدولة ذات السيادة في ممارسة اختصاصها التشريعي والتنظيمي، بالتالي هذا الشرط يجعل الطرفين على قدم المساواة وهو شرط غير قابل للمساس باسم السيادة أو المصلحة العامة، ولقد تم إدراج هذا الشرط لأول مرة في عقد الامتياز البترولي بين دولة إيران والشركة الانجليزية *anglo-iranian* بتاريخ 28 ماي 1933 في المادة 21 من العقد التي نصت على ما يلي:

« لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية ».

<sup>52</sup> - عيبوط محند اعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 130/131.

فبالنسبة للجزائر، فقد تضمنت قوانين الاستثمار التالية لفترة التسعينيات هذه الشروط، فبعد قانون رقم 93-12 الذي نصّت المادة 39 منه على: « لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة»<sup>(53)</sup>.

وجاء الأمر رقم 03-01<sup>(54)</sup>، ليؤكد سماح المشرع بهذه الشروط ضمن سياسة جلب الاستثمارات الأجنبية بحيث نصّت المادة 15 منه على: « لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ».

وعلى المستوى الاتفاقي أو التعاقدى، فقد وردت شروط الاستقرار التشريعي في اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر في السنوات الأخيرة مع بعض المستثمرين الأجانب<sup>55</sup>.

**2- التدعيم التشريعي:** هذا الأخير كذلك يعتبر من الاشتراطات التي نجدها في عقود الدولة خاصة المتعلقة بالمجال الاستثماري، ومضمونه أن يستفيد الطرف الأجنبي من الأحكام الجديدة الواردة في العقود والاتفاقيات إذا كانت تتضمن امتيازات أكبر له، وفي حالة وجود اختلاف بين الأحكام العقدية والاتفاقية فتطبق الأحكام التي تتضمن امتيازات أكبر للطرف الأجنبي. كما يمكن للطرف الأجنبي الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن امتيازات إضافية.

إذ نصّت المادة 1/6 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيلكوم<sup>(56)</sup> على أنه:

« إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرّر في هذه الاتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقرّرة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية».

كذلك جاء في المادة 6 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت A.C.C<sup>(57)</sup> على أنه: « طبقا للمادة 15 من الأمر رقم

<sup>53</sup> - مرسوم تشريعي رقم 93-12، ملغى.

<sup>54</sup> - أمر رقم 03-01، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر 47، 2001. معدل و متمم

<sup>55</sup> - أكثر تفصيل في الموضوع راجع، اقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، 2006، ص 95 وما لها.

<sup>56</sup> - اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم الجزائر موافق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج.ر 80 صادرة في 2001/12/26.

<sup>57</sup> - اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت (A.C.C)، مؤرخة في 2003/10/30، ج.ر عدد 72 صادرة في 2003/11/13.

03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 فإن المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية».

### المطلب الثاني: الشركات (طرف فاعل في مجال إبرام عقود التجارة الدولية)

الفرع الأول: دور الشركات في مجال التجارة الدولية: للشركات التجارية دور فعال في تفعيل مجال التجارة الدولية باعتبارها طرف فعالا في إبرام مختلف أنواع عقود التجارة الدولية، وخاصة شركات الأموال والشركات التي يطلق عليها مصطلح متعددة الجنسيات، وبالعودة إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع عرف الشركة باعتبارها، عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو معنويين أو أكثر في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك.<sup>58</sup>

وتؤكد المادة 544 من التقنين التجاري الجزائري على الطابع التجاري للشركة، انه يتحدد إما بشكلها أو موضوعها، وفيما يخص اكتساب الشركة للشخصية المعنوية تكون من تاريخ قيدها في السجل التجاري<sup>59</sup>، وما يهمنا في هذا المقام هي جنسية الشركة، باعتبارها طرفا فاعلا في مجال إبرام عقود التجارة الدولية فنها ستثير إشكالية القانون الذي يحكم العقد وكذلك القانون الذي يحكم الشركة وهذا لا يتحدد إلا بتحدد جنسيتها.

### الفرع الثاني: أهمية تحديد جنسية الشركة / لقد اعترف معظم الفقهاء بجنسية الأشخاص

المعنوية بالمقارنة مع جنسية الأشخاص الطبيعية، غير أن بعض الفقهاء يرون بأن استخدام هذا المصطلح بالنسبة للشركات يعتبر غير مناسب، لأن الجنسية تعبر عن علاقة سياسية بين الشخص و الدولة التي ينتمي إليها، و أن عقدا يحكمه القانون الخاص لا يستطيع أن يصنع وطني. لكن نظرا للأهمية العملية التي يكتسبها انتماء شركة تجارية إلى دولة معينة، فإنه من المهم جدا تحديد جنسية الشركات لأسباب عديدة:

- البحث عن جنسية الشركة من أجل تحديد الدولة التي يمكن لها ان تمنحها الحماية وتطالب باسترجاع أملاكها وحقوقها في حالة تأميمها بدون تعويض مثلا، تحاول هذه الشركة أن تبين بأنها من جنسية الدولة، وتفرض على هذه الدولة استعمال الطرق القانونية من أجل حمايتها.
- يطرح مشكل جنسية الشركات كذلك في إطار ممارسة الحقوق لكي تستطيع الشركة أن تتمسك بحق مخول للشركات الوطنية كحق تجديد الإيجار مثلا، أو في إطار وضعية الأجانب إذا كانت هذه الوضعية مناسبة أو غير مناسبة بالمقارنة مع وضعية الشركات الوطنية، فقانون الاستثمار مثلا يعطي بعض الامتيازات

<sup>58</sup> - المادة 416، من التقنين المدني الجزائري، الأمر 58/75، السالف لذكر.

<sup>59</sup> - المادة 549، التقنين التجاري الجزائري. الأمر 59/75، السالف الذكر.

للشركات الأجنبية إذ يمكنها من تحويل جزء من أرباحها وكذلك إيراد تصفيتها إلى بلدها الأصلي، بالتالي حتى تستفيد الشركة من هذه الامتيازات يجب أن تثبت بأنها أجنبية.

➤ جنسية الشركة تفرض نفسها كذلك فيما يتعلق بالتمتع بالحقوق، فلما يرفع نزاع أمام المحكمة يجب على القاضي أن يفصل في مسألة تنازع القوانين (القانون الذي تخضع له الشركة) قبل الفصل في النزاع.

**الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشركة/ باعتبار إن الشركة عقد و لو أن النقاش الفقهي لا يزال منقسما بين فكرة العقد و النظام، فإن معظم الفقه متفق على أن الطابع التعاقدي هو الذي يطغى على الطابع النظامي للشركة، واستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة فإن الشركاء أحرار في اختيار القانون الذي ينظم مختلف العلاقات التي تنشأ حول الشركة، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة بل يجب اختيار قانون البلد التي تربطه بالشركة إحدى العلاقات، كقانون مقر الشركة أو قانون مكان تأسيسها أو مكان نشاطها أو قانون البلد الذي ينتهي إليه الشركاء. ولقد تعددت المعايير التي أخذ بها الفقه و القضاء في تحديد جنسية الشركات حيث طبق معيار مكان التأسيس، معيار الرقابة و معيار مكان المقر.**

### الفرع الرابع: معايير تحديد جنسية الشركة

**أولا: معيار مكان التأسيس:** حسب هذا المعيار فإن الشركة تخضع لقانون مكان تأسيسها، أي المكان الذي سجل فيه قانونها الأساسي. هذا المعيار الذي لقي رواجاً كبيراً في الدول الأنجلوسكسونية و في هولندا يمكن شركة تأسست في دولة ما من المطالبة بتطبيق قانون هذه الدولة على أنشطتها الممارسة في بلد آخر. استناداً إلى هذا المعيار، تأخذ الشركة جنسية الدولة التي تكونت فيها و تمتعت بالشخصية المعنوية وفقاً لقانونها، لقد طبق القضاء الفرنسي في أحكامه القديمة هذا المعيار لكنه ابتعد عنه في أوائل هذا القرن. نظراً لطابعه الموضوعي فإن هذا المعيار يشجع الغش و من ثم لم يلق رواجاً في دول أوروبا الغربية، غير أن محكمة عناية القسم التجاري، لجأت إلى تطبيق هذا المعيار في قضية شركة المساهمة الونزة الصادر بتاريخ 1968/12/28.

### ثانياً: معيار الرقابة

هذا المعيار يعتمد على فكرة الرقابة و الذي على ضوءه تتحدد جنسية الشركة بجنسية الشركاء أو بجنسية الأموال المستثمرة في المشروع. فإذا كانوا أجنبياً اعتبرت الشركة أجنبية، و استناداً إلى فكرة الرقابة هذه استطاع القضاء الفرنسي إبان الحربين العالميتين أن يخضع للحراسة شركات كانت تعتبر فرنسية، لكنها تطبيقاً لفكرة الرقابة، اعتبرت شركات أجنبية على أساس أن مديريها و معظم الشركاء فيها و رأس المال المستثمر كان أجنبياً. و الملاحظ أن هذا المعيار لم يجد تطبيقاً إلا في أوقات الأزمات السياسية و لا يصلح

كمعيار في الأوقات العادية. و يبقى معيار مقر الإدارة الرئيسي هو المعيار الأكثر شيوعا. حيث قرر القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه بأن معيار المقر يناضل أكثر لفائدة الأهمية المعترف بها للشخص المعنوي.

### ثالثا: معيار مقر الإدارة

هذا المعيار الأخير يأخذ بعين الاعتبار مركز الإدارة الرئيسي و الفعلي، حيث تأخذ الشركة جنسية الدولة التي يقع فيها مركز إدارتها الرئيسي ويقصد بالمركز الرئيسي و الفعلي المكان الذي تجتمع فيه الهيئات المسيرة للشركة من جمعية عامة و مجلس للإدارة، ولقد طبق هذا المعيار في معظم البلدان الأوروبية ولا يزال يلقي رواجاً كبيراً في وقتنا الحاضر، لقد أدخلت فرنسا هذا المعيار في تشريعها من خلال المادة 3 من قانون 1966/07/24، كما أن المشرع الجزائري سار في نفس النهج خاصة بعد تعديل أحكام القانون المدني سنة 2005، حين تناول جنسية الشخص المعنوي في أحكام المادة 10 من التقنين المدني.

### الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري من معايير تحديد جنسية الشركة

إن تحديد موقف المشرع الجزائري من موضوع جنسية الشركة يظهر متذبذبا في العديد من النصوص القانونية خاصة الخاصة منها، (إنه تناول هذا العنصر ابتداء من سنة 2005 من خلال تعديل أحكام نص المادة 10 الخاصة بالقانون الذي يحكم أهلية الأشخاص أين نص على إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص، أين كرس نفس التوجه الخاص بالتشريع الفرنسي.

يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...

أما الأشخاص الاعتبارية من شركات و جمعيات و مؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي.

من خلال هذا النص يتضح لنا بأن المشرع الجزائري تبني صراحة معيار المقر الاجتماعي الفعلي في تحديد جنسية الشركة و أخذ على عاتقه الاجتهاد القضائي في فرنسا الذي توصل إلى تجديد المقر بالمركز الرئيسي للشركة، الذي تتخذ فيه القرارات و ليس المركز الفعلي. فالمشرع الجزائري بالرغم من أنه تبني صراحة معيار المقر الاجتماعي للشركة من خلال تعديل المادة 10 من القانون المدني، غير أنه اخذ بهذا المعيار بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النظام القانوني للشركة. ووفقا لما سبق هل يمكن القول أن النظام القانوني للشركة يخضع إلى قانون الدولة التي يوجد فيها المقر الاجتماعي للشركة فقط؟ على اعتباره قد يكون مقرها في دولة وتمارس نشاطها في دولة أخرى، بالتالي نشاطها يخضع لقانون غير قانون المقر؟

بالنسبة للقانون الجزائري و نظرا لوضعيته الخاصة و لحاجته إلى الاستثمار الأجنبي فإن تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى إبعاد تطبيق القانون الجزائري على الشركات التي تشتغل في الجزائر، لذا عمل المشرع

الجزائري في مرحلة أولى على تطبيق القوانين الجزائرية على الشركات التي تشتغل في الجزائر استنادا إلى مبدأ إقليمية القوانين. هذا المبدأ الذي كرسه المشرع الجزائري منذ بداية سنوات السبعينات خاصة في قانون المحروقات الصادر سنة 1971، الذي يلزم الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها في الجزائر الخضوع إلى القانون الجزائري، بمعنى يجب على الشركات الأجنبية التي تشتغل في مجال المحروقات إنشاء شركة وفقا للقانون الجزائري ويكون مقرها الجزائر، بالتالي يتم تطبيق القانون الجزائري تطبيقا إقليميا، وهذا ما تم إقراره كذلك في نص المادة 50 من القانون المدني.

على أن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر. غير أن مبدأ إقليمية القوانين يحدد أساسا القانون الواجب التطبيق على الشركة و ليس جنسية الشركة.

المشرع الجزائري بقي على هذا المبدأ المكرس في الفقرة 04 من المادة 10 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري

نفس المبدأ كرستها المادة 547 من القانون التجاري بقولها: يكون موطن الشركة في مركز الشركة. تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري.

المشرع الجزائري ومن خلال المقارنة بين الفقرة الثالثة والفقرة الرابعة لنص المادة 10 من التقنين المدني خلق ازدواجية في القانون واجب التطبيق على الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطا في الجزائر، حيث أخذ بمعيار المقر الاجتماعي الرئيسي و الفعلي و الذي سيتحدد على ضوءه القانون الذي سيطبق على الشركة في مرحلة التأسيس و القانون الذي سيطبق على نشاطها و الذي يخضع بالضرورة للقانون الجزائري إعمالا بمبدأ إقليمية القوانين .

وبالعودة إلى نص المادة السادسة 6 من قانون الخاص بشروط ممارسة الأنشطة التجارية 08/04، أنها تلزم كل شركة أجنبية تمارس نشاطا في الجزائر أن تسجل وتفيد نفسها في السجل التجاري.

المشرع الجزائري كرس من خلال الفقرة 03 من المادة 10 معيار المقر الاجتماعي الرئيسي و الفعلي الذي يتحدد على ضوءه القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني للشركة، و هو قانون الدولة التي تأسست فيها الشركة و الذي يحدد انتمائها السياسي أي جنسيتها. أما نشاط الشركة فيبقى خاضعا للقوانين الجزائرية، إعمالا بمبدأ إقليمية القوانين، وفي هذه الحالة فصل المشرع الجزائري في مسألة تنازع القوانين من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على الشركات الأجنبية التي تشتغل في الجزائر. ما تجدر الإشارة إليه هو أن الشركة الأجنبية التي تصبح خاضعة بحكم النشاط الذي تمارسه في الجزائر إلى القوانين

الجزائرية لا تفقد جنسيتها الأجنبية، التي تستطيع أن تلجأ إليها من أجل المطالبة بالحقوق خاصة في حالة وجود اعتداء من الدولة الجزائرية على أموالها أو حقوقها.

### المحور الخامس: عقود التجارة الدولية

يتمحور محور عقود التجارة الدولية باعتبارها أحد المواضيع التي يعالجها قانون التجارة الدولية تناول النقاط الخاصة بمفهوم عقود التجارة الدولية وأنواعها، بالإضافة إلى طرق إبرامها والإشكالات التي تترتب عن تنفيذها خاصة ما يتعلق بتطبيقات نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة.

#### المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية

من المجالات أو المواضيع الأساسية التي يهتم بها قانون التجارة الدولية العقد التجاري الدولي، إذ يعتبر العقد أهم صور التصرف القانوني، وهو التعبير القانوني لإجراء المعاملات سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي لذلك يمكن القول أن العقد إما أن يكون داخلياً وإما أن يكون دولياً. ولم تهتم الهيئات والمنظمات الدولية بموضوع العقود الدولية إلا بمناسبة المعاملات التجارية. قد بذلت هذه الهيئات جهوداً كبيرة لتوحيد أحكام التجارة الدولية، حتى برزت ملامح فرع جديد من فروع القانون هو " قانون التجارة الدولية " الذي يتضمن الاتفاقيات الدولية التي تم إنجازها في مجال التجارة الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة التي وضعت في هذا المجال.

تشكل عقود التجارة الدولية العصب الرئيسي في الحياة الاقتصادية العالمية، وتتخذ أشكالاً متعددة تيسيراً للمعاملات التجارية التي بلغت في تنوعها حداً لا حصر له. ولعل أبرز ما يميز عقود التجارة الدولية اختلافها عن العقود الأخرى في أن الأولى تخضع لقواعد القانون الدولي وبالأخص قواعد التجارة الدولية، أما الثانية فيتم تنظيمها بموجب القوانين الوطنية. ويتخذ العقد التجاري الدولي أسماء وأشكال عدة طبقاً لاتفاق أطراف العقد.

**المطلب الأول/ تعريف عقود التجارة الدولية وإشكالية دولية العقد:** يكاد الفقه يجمع على صعوبة وضع تعريف جامع مانع لما يقصده باصطلاح العقود الدولية بمختلف أنواعها، بما فيها عقود التجارة الدولية نتيجة لتنوعها وتعددتها<sup>60</sup>، فتستطيع الإرادة الفردية أن تنشئ ما لا نهاية من العقود التي يتطلبها التعامل الدولي.

<sup>60</sup> - تنقسم عقود التجارة الدولية إلى مسمأة وغير مسمأة، والمسمأة هي التي ورد بشأنها تنظيم خاص في القانون بسبب شيوعها بين الناس، مثل عقود نقل التكنولوجيا، وعقود توزيع منتوجات المشروع... الخ. والعقود غير المسمأة تلك التي لم يخصصها القانون باسم معين ولم يضع

ومثل هذه الصعوبة في وضع تعريف لهذه المعاملات، تظهر فيما قاله الفقه في هذا الشأن بأنه من « الشبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي ». وهناك من قال إنّ « من المثالي التشبث بتعريف جامد يشير إلى عناصر محددة في العقد الدولي »<sup>61</sup>.

وأمام صعوبة تعريف عقود التجارة الدولية، أوجد كل من الفقه والقضاء معايير من خلالها يمكن إضفاء الصفة الدولية على العقد، وظهر في هذا الشأن اتجاهان: اتجاه أخذ بالمعيار القانوني والآخر بالمعيار الاقتصادي.

**الفصل الأول: المعيار القانوني:** يقوم المعيار القانوني على فكرة مؤداها أنّ العقد يعد دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، أي إذا اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المطروح عليها النزاع. وفي هذا الشأن قال العميد الفرنسي باتيفول "BATIFFOL" عن العقد الدولي بأنه « يعتبر العقد دولياً إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه، سواء من جهة جنسيتهم أو محل إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني واحد »<sup>62</sup>.

ويرى البعض أنّ الصفة الدولية للعقود تستخلص من المفهوم المخالف للعقود الداخلية التي ترتبط كافة عناصرها بسيادة الدولة الواحدة وتكون خالية من كلّ عنصر أجنبي<sup>63</sup>. فوفقاً لهذا المعيار يعد مثلاً عقد البيع دولياً إذا اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد، كأن يبرم العقد مثلاً في باريس بين فرنسي مقيم في فرنسا وبلجيكي مقيم في بلجيكا، وتعلق الأمر ببيع بضاعة كائنة في إيطاليا، وتسلم في مكان وجودها، فكل هذه العناصر تضافي على العقد الصفة الدولية لاتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد، وهذا على خلاف العقود الداخلية التي تتمركز كل عناصرها في دولة واحدة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك جدلاً فقهيّاً بشأن مدى فعالية العناصر القانونية للرابطة العقدية، إن كانت تعامل على قدم المساواة في تحديد دولية عقود التجارة الدولية، فهناك اتجاه يقرّ التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، حيث يترتب على وجود أحد هذه العناصر توفر العنصر الأجنبي، وهذا ما يسمح للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق.

لها تنظيمًا خاصًا فتخضع في تكوينها وأثارها إلى القواعد العامة التي تقررت لكل العقود. نقلاً عن: طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 20 وما يليها.

<sup>61</sup> - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999، ص 23-24

<sup>62</sup> - تعريف الأستاذ "BATIFFOL" مشار إليه في: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 38.

<sup>63</sup> - شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003، ص 16.

لكن هذا الاتجاه أصبح محل انتقاد، كونه يتصف بالجمود باعتباره يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد أن يتوفر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة العقد<sup>(64)</sup>.

لذلك ظهر اتجاه آخر لا يتعامل مع العناصر الأجنبية بنفس الكيفية، فقد فرق بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة، فالعقد يكون دوليًا إذا ما توفرت فيها عناصر مؤثرة دون غيرها من العناصر، وعلى ذلك فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر لا يشكل أهمية خاصة في العقد، فلا يعقل أن يعد العقد دوليًا، لذلك تعتبر طبيعة العقد التي تضمن العنصر الأجنبي من أحد العناصر الأساسية التي تضيف على العقد الصفة الدولية، ومن ثمة أصبحت مثلاً الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية، وعلى ذلك فعقد الشراء الذي يبرمه أجنبي مقيم في دولة أجنبية لاستخدامه الشخصي من الأسواق المحلية لا يعد عقداً دولياً، ولكن يعد عنصراً جوهرياً في عقود الأحوال الشخصية.

كما يعدّ عقد النقل دولياً بغض النظر عن جنسية أطرافه إذا كان النقل من دولة إلى أخرى، وعلى العكس فإنّ محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة أو المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على العقد التجاري الدولي<sup>(65)</sup>.

وتعدّ مسألة تكييف القاضي للعلاقة العقدية المطروحة وتحديد ما إذا كانت تنسم بالطابع الدولي، مسألة قانونية بالغة الدقة، يجب إخضاعها لرقابة محكمة النقض<sup>(66)</sup>.

**الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي:** أمّا المعيار الثاني الذي يبيّن دولية العقد فهو المعيار الاقتصادي، الذي يختلف عن المعيار القانوني كونه يعطي للعقد محتوى اقتصادياً واقعياً، فتكييف العلاقة بوصفها وطنية أو دولية، لا يرجع إلى عناصر العقد، وإنما إن كان هناك مدّ وجزر للبضائع. وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حسب ما قاله المحامي العام "MATTER" بمناسبة قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسية سنة 1927<sup>(67)</sup>، حيث اتبعت المحكمة في قضائها تحليلات المحامي "MATTER" الذي يتلخص رأيه في أنّ العقد يعد دولياً إذا ترتب عليه تحركات للأموال عبر الحدود الدولية<sup>(68)</sup> وكما

<sup>64</sup> - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 61.

<sup>65</sup> - طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 18.

<sup>66</sup> - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 66.

<sup>67</sup> - تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ عقد إيجار عقار كائن بالجزائر (كانت مستعمرة من قبل فرنسا) أبرم بين فرنسي وإنجليزي، وتضمن هذا العقد أنّ الأجرة ستدفع بالجنيه الإسترليني سواء في لندن أو في الجزائر، واختيار يكون للمؤجر، هذا مع الإشارة إلى أنّ هذا الشرط كان باطلاً في فرنسا. نقلاً عن سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 28.

<sup>68</sup> - شريف هنية، مرجع سابق، ص 22.

أضاف القضاء الفرنسي حالات اقتصادية أخرى تجعل العقد دوليًا وفقا للمعيار الاقتصادي، وهذا في حكم صدر سنة 1934، حيث يكون العقد دوليا إذا ارتبط بعملية تجاوز نطاق الاقتصاد الوطني، لذلك اعترفت بالصفة الدولية للمدفوعات الداخلية المرتبطة بعمليات دولية، وعلى سبيل المثال اعترفت بصلاحية شرط الذهب في العقود الداخلية.

وأما الفكرة الأخرى التي أضافها القضاء الفرنسي وفقا للمعيار الاقتصادي، فهي فكرة العقد الذي يأخذ في الاعتبار مصالح التجارة الدولية. تعتبر هذه الفكرة الجديدة حسب البعض أكثر مرونة وأقل اقتصادا من تلك التي قال بها المحامي "MATTER" التي تستلزم وجود مدّ وجزر أي "ذهاب وإياب" للأموال والخدمات، عكس الفكرة الأخيرة حيث تستلزم على الأقل وجود إحدى الحركتين فقط ولا تشترط أن تكون الحركة الأخرى<sup>69</sup>.

### المطلب الثاني/ أهمية عقود التجارة الدولية وأنواعها

لعقود التجارة الدولية العديد من المميزات التي تجعل منها وسيلة قانونية لتفعيل المعاملات التجارية الدولية وهذا الأمر يتوقف كذلك على نوع العقد.

#### الفرع الأول: أهميتها : تظهر أهمية إبرام عقود التجارة الدولية خاصة فيما يلي:

- تسهيل عمليات التبادل السلع والخدمات بين الدول والمتدخلين في مجال التجارة الدولية.
- توحيد وتجميع الأحكام والقواعد المنظمة للعقود الدولية
- تكريس مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية
- الابتعاد عن الجمود الذي تعرفه القوانين الوطنية من خلال منح حرية أكثر للمتدخلين في مجال إبرام العقود الدولية (تطبيق المبادئ التي اقترحها معهد روما للعقود الدولية)
- إيجاد حلول عملية لمواجهة الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقود الدولية
- خلق قواعد وأحكام عملية من أجل إضفاءها صفة القواعد القانونية؛ من خلال الممارسات العملية والإشكالات التي تفرزها عقود التجارة الدولية خاصة خلال تنفيذها (مبدأ إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف).

تعتبر هذه الأخيرة أهم ما يمكن استخلاصه من عملية إبرام عقود التجارة الدولية.

#### الفرع الثاني/ أنواع عقود التجارة الدولية: تنقسم عقود التجارة الدولية إلى مسماة وغير

مسماة، والمسماة هي التي ورد بشأنها تنظيم خاص في القانون بسبب شيوعها بين الناس، مثل عقد البيع

<sup>69</sup> - سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 33-34.

الدولي للبضائع، عقد المفتاح والإنتاج في اليد، عقود نقل التكنولوجيا، عقود التوريد وعقود توزيع منتجات المشروع... الخ. والعقود غير المسماة تلك التي لم يخصصها القانون باسم معين ولم يضع لها تنظيمًا خاصًا فتخضع في تكوينها وأثارها إلى القواعد العامة التي تقررت لكل العقود الدولية، وفيما يلي بعض نماذج وتلخيص لبعض أنواع عقود التجارة الدولية الأكثر ممارسة في مجال التجارة الدولية:

❖ **عقد البيع الدولي للبضائع:** يعتبر عقد البيع الدولي للبضائع من العقود الملزمة للجانبين، فهو يفرض التزامات متقابلة على كل من البائع والمشتري، حيث يستلزم كل واحد منهما، أن ينفذها وعلى أكمل وجه، طبقا لما ينص عليه القانون والعقد والأعراف التجارية. وتعتبر مرحلة تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع من أهم المراحل التي يمر بها هذا العقد، نظرا لكونها السبب في تحقيق الهدف المتوخى من إبرامه<sup>70</sup>، والغاية من التعاقد. وبما أن المشرع الجزائري لم يصادق على اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع 11 أبريل 1980، فإن القانون المدني الجزائري هو الذي يسري على عقد البيع الدولي للبضائع مثله مثل البيوع الداخلية إذا اتفق الأطراف على خضوع العقد للقانون الجزائري، والذي تكمن من خلاله التزامات البائع في الالتزام بنقل الملكية، بالتسليم، بضمان التعرض والاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية. والتزامات المشتري في الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بالتسليم.

أما بالنسبة لاتفاقية فيينا فإن التزامات البائع تتمثل في الالتزام بالتسليم، والالتزام بالمطابقة. و التزامات المشتري في الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بالتسليم. وإذا أخل كل من البائع والمشتري بهذه الالتزامات سواء في ظل أحكام القانون الجزائري أو في ظل أحكام اتفاقية فيينا 1980، فإنه تترتب بذلك جزاءات على المدين المخل بالتزامه، وهي تتنوع بين جزاءات أصلية والتي منها ما تقي البيع الدولي للبضائع من الفسخ باعتباره جزاء صارم وقاسي في المعاملات التجارية، ومنها الفسخ بحد ذاته. و التعويض الذي يكون أحيانا جزاء احتياطي (التنفيذ بمقابل) و أحيانا جزاء تكميلي يضاف إلى الجزاءات الأصلية<sup>71</sup>. ونظرا لما تتميز به البيوع الدولية من صرامة في التكوين والتنفيذ وحتى في انحلال الرابطة العقدية فهي تستلزم قانونا خاصا يختلف عن القانون المطبق على البيوع الداخلية.

❖ **عقد الترخيص الصناعي (عقود ترخيص استغلال التكنولوجيا):** هو اتفاق يمنح

بمقتضاه المرخص إذنا باستغلال حق أو أكثر من حقوق الملكية الصناعية أو حقوق المعرفة خلال مدة

<sup>70</sup> - ANNE-LAURENCE MICHEL, contrats de vente internationaux, CONFÉRENCE AU BÉNÉFICE DES EXPORTATEURS DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE LE 2 NOVEMBRE 2011, p 2/3

<sup>71</sup> - Audit Bernard, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, 1990, p

معينة ووفقا لشروط وقيود محددة في العقد، وذلك في مجال الإنتاج كما لو كان مانح الترخيص نفسه هو القائم بالاستغلال، ونجد هذا النوع من العقود خاصة نظرا لتخصص شركات كبرى في مجال إنتاج نوع محدد من السلع، ومن خلال ما سبق يتضح أن هذا العقد رضائي يتضمن الإذن لشركة وطنية بالتمتع بحق مملوك لشركة أجنبية متخصصة مقابل تعويض دوري، وهذا الحق قد يكون طريقة مستحدثة في الصناعة أو التصميم أو اختراع أو نموذج، ويشمل ذلك استخدام حقوق الملكية الصناعية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والخدمات المتصلة بذلك، بهدف تصنيع منتجات محددة بالطريقة ولجودة التي ينتجها مانح الترخيص، بالتالي فتحويل هذه الحقوق كلها ليس إلى درجة التنازل الكلي على اعتبار أن مانح الترخيص له حق رفع دعوى في حالة خرق حدود الترخيص.<sup>72</sup>

❖ **عقد المساعدة الفنية:** هو الاتفاق الذي بموجبه يلتزم المورد بتدريب العاملين لدى متلقي السلعة (الآلات والأجهزة) على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها، أو تدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية ويكون ذلك من خلال إيفادهم بعدد من العاملين والمختصين التابعين للمورد ولفترة من الزمن التي تكون محل اتفاق في العقد من أجل تعليم طريقة التصنيع والبداية فيها، وعلى هذا الأساس يظهر أن عقد المساعدة الفنية ما هو إلا تقديم لخدمات لازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ، وقد يتم عقد المساعدة الفنية كعقد مستقل أو كشرط عقدي يكون ضمن عقود نقل التكنولوجيا.

❖ **عقد المفتاح في اليد:** وهو الاتفاق الذي يحدد أحد الطرفين بإقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج، ويكون الهدف من إبرام العقد تجهيز مجمع صناعي وتسليمه جاهزا من الشركة الأجنبية إلى الطرف المحلي (غالبا دولة من دول العام الثالث، الجزائر في فترة السبعينات والثمانينات أبرمت العديد من العقود الدولية بهذا الأسلوب)، وتلتزم الشركة الأجنبية بإنشاء المصنع وتجهيزه وتقديم المساعدة الفنية والالتزام بالضمان (يعتبر هذا العقد من أهم عقود التجارة الدولية)<sup>73</sup>

❖ **عقد الإنتاج في اليد (بالإضافة إلى التسويق):** هذا العقد ما هو إلا استثمارية لعقد المفتاح، وذلك لتلبية لحاجيات الدول النامية في ظل الاقتصاد الدولي الجديد، ومضمون هذا العقد أن تلتزم الشركة الأجنبية بعد توريد الآلات إلى المصنع بتشغيله وإدارته فنيا وصناعيا وفقا لمدة زمنية يتفق عليها الأطراف في العقد بشرط أن يتحل العامل المحليون للدولة لنامية على درجة من التعليم الفني التي

<sup>72</sup> - رشا إبراهيم عبد الله عبد الله ، النظام القانوني لعقد الترخيص التجاري والصناعي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 2012، ص 12. وما يليها

<sup>73</sup> - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود (المفتاح في اليد) بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 20.

تمكنها من استيعاب كيفية تشغيل التكنولوجيا المستعملة في المصنع وعلى نحو كاف للحصول على الإنتاج، وقد يتفق الأطراف في العقد على إضافة شرط مضمونه مرتبط بالتسويق أين تلتزم الشركة الأجنبية بتسويق منتجات المصنع والبحث عن أسواق أجنبية لفترة من الزمن يحددها العقد.

### ❖ عقد الإيجار التمويلي الدولي: يعتبر هذا الأسلوب من التعاقد من بين الوسائل

المستحدثة في مجال منح الائتمان في مجال معاملات التجارة الدولية وفي نطاق قانون الأعمال، ومضمون هذا العقد اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية (بنك) بشراء أموال معينة (محددة في العقد، عقارات أو منقولات وعادة ما تكون تجهيزات تكنولوجية أو منقولات خاضعة لأحكام العقارات كالسفن الطائرات) وتقوم بتأجيرها للمستفيد (عادة ما تكون شركة تجارية) مقابل ثمن دوري<sup>74</sup>، على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الإيجار بين تحملها مقابل ثمن يتم التفاوض عليه لاحقاً أو إعادة استئجارها للمرة الثانية أو ردها إلى المؤسسة المالية، ويعتبر من بين العقود التجارية الدولية التي لقيت رواجاً كبيراً في الآونة الأخيرة، وبالنظر إلى الصعوبات العملية التي يثيرها هذا العقد من حيث اختلاف أسعار الصرف الدولية واختلاف في القوانين الوطنية، توجهت الجهود الدولية إلى وضع اتفاقية دولية خاصة لتنظيم هذا العقد وعلى سبيل المثال الاتفاقية الدولية التي وضعها معهد روما لتوحيد القانون الخاص سنة 1988 (اتفاقية أوتاوا Ottawa بشأن الإيجار التمويلي للمعدات)<sup>75</sup>

### ❖ عقود التجارة الالكترونية: وهي تلك العقود التي يتلاقى فيها الإيجاب والقبول بشأن

السلع والخدمات بين أشخاص تابعين لدول مختلفة عبر وسائط تكنولوجية متعددة ومنها شبكة المعلومات والاتصال الدولية (الانترنت)<sup>76</sup>. وما ساهم في نمو الجانب التطبيقي والعملي لعقود التجارة الدولية الاهتمام الكبير الذي توليه لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية من أجل توحيد أحكام هذه العقود والدليل على ذلك إصدارها للعديد من الاتفاقيات التي تدخل في تنظيم عقود التجارة الالكترونية

<sup>74</sup> - يبدأ عقد التأجير التمويلي، بقيام صاحب المشروع (المستفيد- المستأجر) بالبحث عن المعدات والآلات والتجهيزات اللازمة لمشروعه ويتفاوض مع المنتجين والموردين بشأن عناصرها وصفاتها وقيمها، ثم يقوم بالاتصال بالمؤسسة المالية (البنك) التي تباشر عملية التأجير التمويلي (المؤجر) ليتفق معها على إبرام العقد، إذ تقوم المؤسسة المالية بشراء المعدات والآلات وسداد قيمتها ويتم تسليمها للمستأجر مقابل الثمن الدوري الذي يلتزم بالوفاء به، يتضح من خلال ما سبق أننا أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات: الشراء بقصد التأجير، الوكالة عندما يوكل المؤجر المستأجر في القيام بشراء الآلات والمعدات التي يحتاجها، الإيجار، وعد منفرد بالبيع أو إعادة التأجير في الأخير.

<sup>75</sup> - د. عسالي عبد الكريم، عقد الاعتماد الإيجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 8 وما يليها.

<sup>76</sup> - N. BOURDEAU, La formation du contrat du commerce électronique, mémoire de D.E.A, Université des Sciences sociales-Toulouse III, 1998-1999, p. 8. M. FALAISE, « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », P. aff., 7 août 1998, n°94, p. 4.

( القانون النموذجي للتجارة الالكترونية 1996، الاتفاقية الدولية بشأن التوقيعات الالكترونية 2001، اتفاقية الخطابات الإلكترونية سنة 2005 )<sup>77</sup>.

### المطلب الثاني/ المفاوضات في عقود التجارة الدولية

المتأمل في العقود الدولية المعاصرة، كعقود إنشاء البنية التحتية، إقامة المطارات ومحطات الطاقة بنظام ال B.O.T ، وعقود إنشاء المصانع بنظام المفتاح في اليد أو الإنتاج في اليد وعقود نقل التكنولوجيا وعقود خدمات المعلومات وعقود الائتمان التأجير الدولي ..... الخ. يدرك أنها على خلاف العقود الدولية اليومية البسيطة كالبيع أو النقل أو غيرها ، تنطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة، التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين، بل يستلزم الأمر اجتياز مراحل متعاقبة ومستمرة صوب العقد النهائي، يتم فيها اتفاقيات تمهيدية تجرر في مستندات تحضيرية تبادل فيها الأطراف الرؤية والمفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات حول العقد النهائي، ولعل من أهمها ما يسمى بخطاب النوايا أو التفاهم. وتلعب المفاوضات دورًا هامًا وبارزًا في مجال عقود التجارة الدولية، وذلك استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والتكنولوجي، والثورة المعلوماتية في مجال استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ولما تنطوي عليه تلك العقود من مخاطر جمة، إضافة لقيمتها الهائلة . كل ذلك جعل من عملية التفاوض بمفهومها التقليدي من إيجاب وقبول لا تتوافق مع تلك العقود . ذلك أن هذه العقود تحتاج إلى مفاوضات طويلة ومكثفة وتستغرق في الغالب وقتًا طويلاً كما هو الشأن في عقود نقل التكنولوجيا وعقود المفتاح والتسويق، حيث يسبقها مرحلة تمهد لها، بقصد محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك على شروط العقد المزمع إبرامه. وتختلف القيمة القانونية لهذه الاتفاقات بتعدد صورها التي تعرف كلها عملاً، في الغالب، بمسمى واحد وهو الاتفاقات قبل العقدية، باعتباره المسمى الشامل لها جميعاً. وهذه لا تتمتع بقيمة قانونية واحدة، فمنها ما يتمتع بقيمة قانونية كاملة أو العكس على اعتبار أن الأمر يتوقف على إرادة الأطراف المنصهرة في العقد.

### الفرع الأول/ ماهية التفاوض في عقود التجارة الدولية

تعتبر المفاوضات من بين الأساليب القانونية المستعملة على نطاق واسع في مجال إبرام عقود التجارة الدولية، لذا استوجب التطرق إلى مختلف النقاط ذات الصلة بها.

<sup>77</sup> - Mariem Rekik, « Le juge du contrat électronique international », Mémoire, Faculté de Droit de Sfax, 2013, p25.

**أولاً- تعريف التفاوض في عقود التجارة الدولية:** يعرف الأستاذ كورني CORNU بأنها، "مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات والمساعي ووجهات النظر المتبادلة بين الأطراف بهدف التوصل إلى إبرام العقد الدولي". أما الأستاذ ديليباك DELEBECQUE فيعرفها بأنها، " هي مرحلة تبادل الاقتراحات ووجهات النظر بين الأطراف لتعرف على العقد المراد إبرامه من أجل الوصول إلى اتفاق نهائي وتحديد الشروط العامة للعقد الدولي".

**ثانياً- خصائص المفاوضات في عقود التجارة الدولية:** يمكن تلخيصها فيما يلي:

- التفاوض في عقود التجارة الدولية ثنائي الأطراف
- التفاوض تصرف إرادي نابع من الرغبة والحاجة إلى التعاقد (عنصر صحة الأهلية في التفاوض- دون إكراه).
- التفاوض تصرف اتفاق سواء صراحة أو ضمني مكتوب أو شفهي قائم على مبدأ حسن النية.
- التفاوض عملية قائمة على أساس المناقشات وتبادل الاقتراحات ووجهات النظر.
- التفاوض ذو نتيجة احتمالية (قد يبرم العقد أو لا)
- التفاوض مرحلة تمهيدية لإبرام العقد التجاري الدولي.

**ثالثاً- أهمية التفاوض في عقود التجارة الدولية:** يمكن تلخيصها فيما يلي:

- من الناحية العملية، يعتبر التفاوض وسيلة هامة لتقريب وجهات النظر بين الأطراف من أجل إبرام العقد الدولي ومناقشة بنوده بكل حرية.
- يساهم التفاوض على مكافحة احتكار الشركات الكبرى لوضع الشروط العامة للعقد من خلال مناقشتها.<sup>78</sup>
- الإلمام بالطرق الفنية والتقنية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وذلك من خلال المستندات والعناصر التي يتم مناقشتها.
- تحديد النقاط الأساسية الخاصة بالمشروع محل التعاقد، (من خلال مناقشة الثمن، الكمية والمدة الزمنية، وسائل الوفاء والضمان، القانون واجب التطبيق على العقد وطرق تسوية الخلافات بين الطرفين...الخ).

<sup>78</sup> - رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 45

- تعد المفاوضات ، وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي L'équilibre contractuelle عند حدوث ظروف غير متوقعة تؤدي إلى اختلال الأداءات الاقتصادية، ذلك أن الثابت في الواقع العملي أن تنفيذ العقود الدولية ووفاء كل طرف بالتزاماته يستغرق وقتا طويلا.
- تعتبر المفاوضات، وسيلة للإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات الدولية، فالتأمل في العديد من العقود الدولية يدرك أن من بين نصوصها وبندوها بندا خاصا يسمى "بند أو شرط التفاوض لتسوية المنازعات وديا، وبمقتضى ذلك الشرط يرتضي الأطراف الجلوس سويا لإنهاء الخلاف بينهم، بتقديم تنازلات متبادلة وفق ما تنتهي إليه المفاوضات والمشاورات.<sup>79</sup>

**الفرع الثاني/ استراتيجيات التفاوض (التقنيات المتبعة أثناء العملية):** إن المفاوضات في العقود الدولية عبارة عن فن يجب على الشخص (ممثّل الشركة أو الدولة) الذي يدخل في معترك المفاوضات أن يكون ذو موهبة وإمكانات قانونية وفنية هائلة من أجل الدخول في المفاوضات والخروج بالعقد وبأحسن الاشتراطات العقدية التي تسهل عملية تنفيذ العقد الدولي، وهذا لا يكون إلا وفقا لمنهجية أو خطة أو إستراتيجية معينة ومحددة المعالم.<sup>80</sup>

**أولا- إستراتيجية الاستعلام:** هذه النقطة مرتبط بالطرف الآخر، إذ قبل الدخول في المفاوضات يجب الحصول على جميع المعلومات الخاصة بالشركة المراد التفاوض معها (مركزها القانوني، تخصصها، سيرتها في مجال إبرام العقود الدولية، الصفقات التي نجحت فيها، مركزها في السوق الدولية، منازعاتها في العقود الدولية...الخ).

**ثانيا- إستراتيجية التشدد:** وفيها يتم وضع مطالب ومقترحات عالية ومتشددة وإظهار التصلب في التفاوض حولها، والتأكيد على أنه لا يجوز التنازل عنها، إلا بطريقة تدريجية ومحدودة للغاية، ولا خلاف في أن تلك الإستراتيجية إن كانت تصلح في المفاوضات السياسية إلا أنه لا ينصح بها في مفاوضات العقود الدولية، التي لا يلاءمها الضغط من أجل الحصول على أحسن صفقة وتطوير الطرف الآخر. فإذا كان من المتصور أن تؤدي تلك الإستراتيجية إلى تلك النتيجة، فإن مستقبل العلاقات والتعامل بين الطرفين قد لن يدوم طويلا. فالانتصار لطرف واحد قد يعجل من نهايته، حيث أن الطرف الآخر سوف يحاول أو قد تضطره الظروف إلى طلب التعديل في أول فرصة متاحة مما يؤدي إلى زعزعة السير الهادئ لتنفيذ

<sup>79</sup>- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام، آلية الحقوق بن عكنون، ص 22.

<sup>80</sup>- Patrick DAVID, LA NÉGOCIATION COMMERCIALE EN PRATIQUE, édition d'organisation, Paris, 2006, p 55

العملية التعاقدية أضف إلى ذلك أن الضغط والتصلب في المواقف، قد تؤدي إلى رفض الطرف الآخر الاستمرار في عملية التفاوض وبالتالي إلى إنهاؤها.

**ثالثا- إستراتيجية الأخذ والعطاء:** وتقوم هذه الأخيرة على معرفة المفاوض الحد الأدنى الذي لا يمكن النزول عنه، وهو ما يتطلب معرفة نية الطرف الآخر وحده الأدنى، حتى لو اضطر الأمر إلى النزول عن هذا الحد، فإنه يجب أن يقابل ذلك تنازل من الطرف الآخر، أي يكون هناك تنازل وتنازل مقابل حتى يمكن الوصول إلى تسوية أو اتفاق، وهذا هو الأخذ والعطاء المطلوب. وبذلك السمات، تعمل تلك الإستراتيجية على الحفاظ على التواصل ما بين طرفي التفاوض والدفع به إلى الأمام من أجل تحقيق الهدف المرسوم والوصول إلى الاتفاق على الاشتراطات العقدية.

**رابعا- إستراتيجية الأمر الواقع:** ومضمون هذه الأخيرة أن يضع الطرف المفاوض الطرف الآخر أمام الأمر الواقع بتقديم اقتراح وإبلاغه بأن يأخذ به أو يرفضه دون مناقشة. وعادة يلجأ المفاوض إلى إستراتيجية الأمر الواقع، ليقول للطرف الآخر "الآن يتوقف الأمر عليك"، وهو ما يعمل على الوصول إلى قرار سريع من جانبه، أو للنزول عن موقف متشدد في التفاوض. على أن نجاح تلك الإستراتيجية يعتمد على شرطين أساسيين هما :

- أن يكون احتمال قبول الطرف الآخر للنتيجة في النهاية احتمالا كبيرا.
- وأن تكون خسارة ذلك الطرف من استمرار معارضته أكبر ماديًا من الخسارة التي تحدث من جراء عدم قبوله الأمر الواقع.

**خامسا- إستراتيجية العدالة:** التزام كل طرف الموضوعية في عرض وجهة نظره، وفي تقييم عناصر موقف الطرف الآخر، فلا يتفاوض من مواقف مسبقة لا يمكن المساس بها، ولكن الحث الموضوعي عما يريده هو ما يرضيه الطرف الآخر. فكأن تلك الإستراتيجية تقصد الوصول إلى حلول تحقق المنفعة المشتركة بحيث لا يكن فيها ما يكسبه طرف هو ما يخسره الآخر، وتنتفي معادلة الكاسب / الخاسر. ويجب أن يتذكر كل مفاوض أن التعاقد يفترض، بل يستلزم نتيجة متوازنة، وإلا كيف نتصور وجود تراضي في النهاية، وكما قيل، بحيث، يجب أن ينظر كل طرف في المفاوضات إلى كل الظروف والمعطيات والنقاط المطروحة للمناقشة والحوار بعيون الطرف آخر. فذلك كفيل بالوصول إلى اتفاق ليس فقط متوازنا، بل كذلك عادلا

### الفرع الثالث/ عوامل نجاح المفاوضات

من أجل الوصول إلى نجاح المفاوضات في مجال العقود الدولية يجب أن تتوافر في الوفد أو العضو المفاوض العديد من العوامل الفنية، الشخصية والموضوعية.

**اولا- العوامل الشخصية:** تدور أساسا حول الصفات الشخصية للمفاوض، أو الفريق التفاوضي الذي يخوض غمار عملية التفاوض، وتلك الصفات تشكل أخلاقيات التفاوض وآدابه، التي تكفل مفاوضات نزيهة وناجحة تلي رغبات وتطلعات الأطراف إلى إبرام العقد الدولي، وتتمثل أساسا هذه الصفات في التكامل الشخصي للعضو المفاوض من الناحية الذهنية والبدنية من خلال قدرته على التحمل، إضافة إلى القدرة على الإقناع وفرض رأيه أمام الطرف الآخر وذلك من خلال ابتكار خيارات وحلول جادة من شأنها أن تؤدي إلى إبقاء التواصل مع الطرف الآخر مع إمكانية التأثير عليه لكن وفقا واحتراما لمبادئ النزاهة وحسن النية (تجنب الخداع والمراوغات التدليسية).

**ثانيا- العوامل الفنية:** فبالإضافة إلى الاستراتيجيات التي تم التطرق إليها، هناك بعض العناصر الفنية التي يجب التركيز عليها والتي يستلزم على المفاوض الاعتماد عليها في حدود حسن النية ومبدأ التعاون بين الطرفين.

- ترك الطرف الآخر يقدم إقتراحا أو العرض الأول، ثم تناوله بالمناقشة والتنفيذ وإسقاطه بإقتراح مضاد أو بديل، مما يجعل صاحبه في موقف المدافع.

- المفاجأة في العرض والمناقشة، وتعديل أسلوب التحدث والمخاطبة على الرغم من أن التغيير المفاجئ لم يكن متوقعا في ذلك الوقت، وذلك على نحو يشعر الطرف الآخر أن هناك تغيرا في الموقف، مما قد يجعل ذلك الطرف الآخر على استعداد لتقديم تنازلات أو تعديل إقتراحه.

- الصمت المؤقت في الحوار التفاوضي، أي الأحجام عن الحديث في وقت محدد، والإمتناع عن الرد الفوري، وتأجيل الإجابة بتغيير مجرى الحديث، وذلك للاستفادة من عامل الوقت، وإعطاء الفرصة للفريق التفاوضي للتفكير في مغزى السؤال وأهدافه.

- الإنسحاب الظاهري وإيهام الطرف الآخر بذلك في اللحظة الحاسمة، حتى يضطره إلى التراجع عن موقفه وإجباره على التعاون أو حتى تقديم تنازل يرتضيه.

- التحديد الزمني والموضوعي لنطاق التفاوض، وذلك بوضع حد أقصى للمدة التي تنتهي عندها المفاوضات أو تحديد المسائل والنقاط التي لا يجوز للمفاوضات الخروج عليها، ويرمي هذا الأخير إلى حصر الطرف الآخر ومنعه من التسويف والمماطلة ودفعه إلى اتخاذ قرار سريع، أو النزول عن مطلب معين في التفاوض.

**ثالثا- العوامل الموضوعية:** تعتبر من المسائل المرتبطة خاصة بموضوع التفاوض من جانب محل التفاوض والجوانب المتصلة بهذه المرحلة، وتتمثل أساسا في:

➤ الإعداد الجيد لجدول الأعمال التي ستطرح على بساط المفاوضات.

➤ حسن التنسيق والتنظيم بين أعضاء الفريق المفاوض.

- توفر البيانات والمعلومات الأساسية والدراسات النوعية لمختلف جوانب المسألة التي يدور التفاوض من الإتصال المباشر بمركز إتخاذ القرار، مقرر مجلس إدارة الشركة أو المشروع.
- توفر الإرادة الحقيقية للتفاوض وهو عامل مختلط بجمع الجانبين الشخصي والموضوعي، وهو توفر الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفي التفاوض لبدءها، والحرص على إستمراريتها والعمل على تدعيم علاقات الأطراف واستدامتها.

**الفرع الرابع/ لغة التفاوض:** تعتبر هذه النقطة من أهم العناصر التي تثيرها مرحلة التفاوض على العقد الدولي، نظرا لما تأثير على الألفاظ والعبارات القانونية المستعملة والمعاني التي تفيدها، خاصة بالنظر إلى الاختلاف الموجود بين الأنظمة القانونية التابعة لمختلف الدول (النظام الجرمانى والنظام اللاتيني والانجلوساكسوني). ويمكن اختصار أهمية اللغة في عملية التفاوض على ما يلي:

- تسهيل عملية التواصل ( المناقشة والتشاور) بين الأطراف المتفاوضة.
  - الابتعاد عن الإشكالات التي يثيرها تفسير أحكام العقد أثناء تنفيذه في حالة النجاح في إبرامه.
  - اقتران لغة العقد عادة بالقانون الذي سيحكم العقد.
- واللغة التي يميل المتدخلون في مجال الأعمال وعقود التجارة الدولية إلى إعمالها لا تعدو أن تكون إحدى اللغات الرسمية التي أقرتها هيئة الأمم المتحدة وفقا للترتيب بحسب الأهمية واستعمالها في المعاملات الدولية، لهذا نجد أن غالبية العقود الدولية يتم مفاوضاتها باللغة الانجليزية أو الفرنسية لكن هذا لا يعني غياب اللغات الأخرى، كما انه قد يتفق الأطراف في المفاوضات انه في حالة نجاح المفاوضات يتم ترجمتها إلى لغة أخرى أو أكثر.

### المبحث الثاني: تنظيم المفاوضات في عقود التجارة الدولية

بعد ما تم التطرق إلى كل العناصر الخاصة بالاستراتيجيات التفاوضية وكذلك أهمية التفاوض استوجب علينا التطرق إلى الدخول في موضوع تنظيم المفاوضات قبل العقدية من خلال الإشارة إلى مختلف الالتزامات التي تفرضها هذه المرحلة على الأطراف والمراحل التي تمر بها المفاوضات في غاية التوقيع النهائي للعقد الدولي.

#### المطلب الأول: الالتزامات التي يترتبها التفاوض في عقود التجارة الدولية

ترتب مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية العديد من الالتزامات التي تقع على الأطراف المتفاوضة، أملت الممارسات وأعراف التجارة الدولية يمكن اختصارها في يلي:

**الفرع الأول/ الالتزام بحسن النية:** يلعب مبدأ حسن النية دورا هاما في مجال العقود سواء كانت داخلية أو دولية، سواء عند تنفيذه أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذه (المرحلة التفاوضية ما قبل العقدية)، والذي يعنينا في هذا الخصوص، هو معالجة قاعدة حسن النية خلال الفترة السابقة على التعاقد، وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة، لما يثيره من تساؤلات هامة في هذه المرحلة الخطيرة من مراحل تكوين العقد وبلورته، والتي توجب الصدق والصراحة والنزاهة والتعاون والمواصلة، وهذا المبدأ اقره القضاء الجزائري في إحدى القضايا المطروحة عليه<sup>81</sup>.

ولقد نص عليها المشرع في المادة 107 ق م، المقصود بحسن النية هو إعمال مبادئ الصدق والأمانة والصراحة وعدم الغش والاحتيال، والنزاهة في التصرفات والإجراءات عموما، صيانة لمصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات ذاتها<sup>82</sup> وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 1/ف7 من مبادئ unidroit لعقود التجارة الدولية الصادر عام 2004 عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص على أنه: "يجب أن يتصرف كل طرف وفقا لما يقضيه حسن النية والتعامل العادل في التجارة الدولية".

وتطبيقا لما تقدم، فإن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية يفرض على المتفاوض ألا يلجأ في تفاوضه إلى الغش والخديعة، بل يجب عليه ان يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض، مما يتطلب منه القيام بتصرفات إيجابية معينة للتعاون مع الآخر، والامتناع عن إتيان تصرفات مخافة لأعراف المفاوضات في عقود التجارة الدولية، كمحاولة خداع الطرف الآخر. ونلاحظ في هذا الشأن، أنه لا يجب الخلط بين الإلتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد، ذلك أن هذا الإلتزام لا يعني مطلقا أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فإن المتفاوض يظل متمتعا بكامل حريته التعاقدية في التعاقد من عدمه، إذ لا يجوز أن يضع حدا للمفاوضات والإمتناع عن إبرام العقد، دون التقيد بأي ارتباط عقدي، شريطة أن يتم ذلك إستناداً لأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية.

إن مبدأ حسن النية، يفرض على الأطراف المتعاقدة، حسن السلوك في التعامل، سواء في مرحلة تكوين العقد، أو أثناء تنفيذه، وهو يرتبط بمفهوم الصدق في التعامل، وهذا يعني تجنب اتخاذ مواقف

<sup>81</sup> - وقد أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور لها مؤرخ في 1999/10/24، بأنه من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية؛ غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك المحكمة العليا، غ.م، 1999/10/24، ملف رقم 191705، م.ق.م، ع، العدد2، 1999، ص 95-96

<sup>82</sup> Desgorges (R). La bonne foi dans le droit des contrats, Thèse, paris2, 1992, p 163, voir aussi, JALUZOT Béatrice. La bonne foi dans les contrats, Dalloz, 2001, p 373 et s.

تعرف مسبقا بأنها غير مقبولة من الطرف الآخر، وهو أن ذلك إظهار الرغبة في التوصل إلى إتفاق يرضى الطرفين.

### الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام

يلتزم المتفاوض بالإعلام، أو بإرشاد، أو بنصح المتفاوض الآخر بكافة المعلومات الحقيقية المتعلقة بالعقد، عن مدى ملاءمة العملية المطروحة فنيا وتقنيا وماليا باعتماده على ضميره المهني الحي، فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية أو مالية ليزج به في عقد لا يناسبه<sup>83</sup>. بالأ يغطي عنه شيئا، ولا يتركه مخدوعا، في أمر يعلم حقيقته، مما يستوجب على كل متفاوض أن يلتزم بالمصارحة والتبصير والشفافية والنصيحة في مرحلة تكوين العقد وإبرامه.

ويعتبر كذلك من مظاهر مبدأ حسن النية في المفاوضات في العقود التجارية الدولية، هو أن يقوم الطرف بأخبار وإعلام الطرف الآخر بكل ما لديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه، وذلك حتى يتسنى للطرف الآخر، الإقدام على التعاقد بإرادة حرة وسليمة.

على هذا الأساس يلتزم المتفاوض بأن يقدم للطرف الآخر معلومات دقيقة عن مدى ملاءمة الصفقة المطروحة فنيا وماليا ولا يستغل عدم تخصصه في المسائل الفنية أو المالية ليزج به في عقد لا يناسبه. ويزداد هذا الإلتزام إلحاحا كلما تعلق الأمر بالتفاوض مع غير متخصص فيقع على عاتق المتفاوض المتخصص بأن يوضح للطرف الآخر ما للصفقة من آثار مبصرة إياه بما له وما عليه، فالمهني المتخصص ملزم بإرشاد وإعلام الطرف الآخر وإضائة طريقه وتبصير إرادته قبل إبرام العقد بينهما حتى يتأتى رضاه سليما وإلا كنا أمام حالة تدليسية في مجال المفاوضات قبل العقدية.

### الفرع الثالث: الإلتزام بالتعاون/ يقصد بالإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوضية في العقود

الدولية، هو التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المتفاوضة، بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بإبرام العقد محل التفاوض، وإما بغض النظر عنه كلية، فكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية، فهو لازم في إطار الثقة المتبادلة، كاحترام مواعيد جلسات التفاوض من الطرفين، والجدية في مناقشة العروض، وعدم التقدم بالعروض المبالغ فيها أو غير المعتدلة، وعدم الرفض بلا مبرر مشروع إلا بعد الدراسات الفنية والاستشارات القانونية؛ أو تعيين خبير لحسم مسألة فنية محل خلاف. والمعيار في هذا كله، هو معيار الرجل المعتدل الذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات، وعدم العودة إلى الوراء بإثارة النزاع بدون مبرر معقول، في موضوع تم حسمه من قبل<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> - ويسعى أيضا بالإلتزام بالإخبار، أو بالإلتزام بالتبصير، أو بالإلتزام بتقديم المشورة أو النصيحة... على أساس أن تطبيقات هذا الإلتزام قد تتضمن هذه المعاني أو الدلالات.

<sup>84</sup> - وفاء أبو جميل. الإلتزام بالتعاون، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، القاهرة، 1993، ص 26/25.

## الفرع الرابع: الالتزام بالسرية

في العقود الدولية خاصة تلك التي لها علاقة بالمعرفة الفنية ونقل التكنولوجيا يعتبر الالتزام بالسرية من العناصر الأساسية التي تقع على عاتق أطراف المفاوضات وعليهم السهر على ضمان كامل السرية، فهو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه. وفي الحقيقة أن نوع المعلومات السرية يتحدد بالرجوع إلى إتفاق الطرفين فإذا لم يتفق الطرفان على ذلك، تولى القاضي أو المحكم تحديد تلك المعلومات، وفقا لسلطته التقديرية مستعينا في ذلك بالمرشد العملي لإبرام العقد الدولي خاصة في مجال عقود نقل التكنولوجيا، الذي يحتوى على عدة صيغ نموذجية للاتفاق على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف في مرحلة المفاوضات.

## الفرع الخامس: الالتزام بالاستمرار في المفاوضات

الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه هو التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معا ويقتضي منهما متابعة التفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية في المفاوضات. إن الالتزام بمواصلة التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه وإن كان يقتضي من طرفيه، بذل كل ما في وسعيهما، وبصورة إيجابية وفعالة في سبيل إبرام العقد المنشود إلا أنه لا يحتم عليهما إبرام العقد النهائي غير أن ذلك لا يعني قيام التفاوض بالإنسحاب من المفاوضات في أي وقت يشاء دون مبرر موضوعي أو أن يقف موقفا سلبيا إتجاه ما يعوق سير المفاوضات، وإنما يجب عليه، بذل كل ما في وسعه من جهد لمواصلة المفاوضات بطريقة جدية وهادفة.

على هذا الأساس يتعين أن تكون المفاوضات عبارة عن مشروع تعاوني يجب البحث من خلاله عن المصالح المشتركة لجميع الأطراف المتفاوضة ذلك أن المفاوضات هي عملية التفاهم والأخذ والعطاء بهدف الوصول إلى إتفاق مشترك مع الطرف الآخر الذي يجمعه به بعض المصالح المشتركة.

ففي حالة ما إذا توصل الطرفان المتفاوضان إلى إتفاق حول بعض النقاط إلترزم كل واحد منهما بمواصلة التفاوض على النقاط المتبقية للتوصل بشأنها إلى إتفاق يرضى الطرفين ويلتزم كل واحد منهما، بأن يبذل قدره من المرونة وأن يحاول تقديم تنازلات حتى تستمر المفاوضات وتكفل بالنجاح في حالة توصل الطرفان المتفاوضان إلى إتفاق نهائي، ولم يبق سوى التوقيع على العقد النهائي، فلا يجوز لأي منهما أن يفاجئ الطرف الآخر بطلب غير معقول وغير متوقع ويصر عليه بطريقة تعسفية تهدم العملية التفاوضية برمتها في آخر لحظة لكن إذا وجدت أسباب جدية وموضوعية، تبرر عدول وانسحاب أحدهما من المفاوضات أو إذا فشلت المفاوضات لسبب خارج عن إرادة الأطراف المتفاوضة فلا مجال حينئذ لقيام المسؤولية طالما أن الطرفين بذلا كل ما في وسعيهما ولم يدخرا جهدا لإنجاح المفاوضات.

**الفرع السادس: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية:** الغالب في عقود التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام، أن تطرح مناقصات عامة على نطاق دولي واسع، بهدف الوصول للمتعاقد الآخر الأكثر دراية وخبرة فنية في المجال المطلوب، وبما يحقق أهداف مشروعاتهم ويوسع من أنشطتها.

فإن تم ذلك وقام أحد الطرفين أثناء المفاوضات الدائرة مع الطرف الآخر، بإجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر ثالث. فما هو حكم هذه المفاوضات الموازية، مما لا شك فيه أن المبدأ الذي يتوجب الالتزام به وهو حسن النية، يأبى أن تتم مفاوضات موازية ويعتبر سيء النية، الطرف الذي يفتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه نية في الوصول إلى اتفاق، والأمر في المفاوضات الموازية لا يعدو أن يكون كذلك. غير أن المعمول به في مجال العقود الدولية أنه لا يمكن حظر مثل هكذا مفاوضات، إلا بموجب اتفاق خاص أثناء المفاوضات وهو ما يحتاط إليه الأطراف دائما، ولما كان هذا الحظر يضر بمصلحة أحد الأطراف.

### المطلب الثاني: الإعداد للمفاوضات

هذه المرحلة سابقة لإبرام العقد الدولي، وهي مرحلة شاقة تستغرق وقتا طويلا وجهدا مضنيا بالإضافة إلى نفقات كبيرة من أجل إنجاح المفاوضات وتحقيقها للهدف المنشود ألا وهو إبرام العقد الدولي.

### الفرع الأول: إعلان خطاب النوايا

على خلاف العقود الدولية اليومية البسيطة كالبيع أو النقل أو غيرها، تنطوي العقود الدولية على العديد من المسائل الفنية الدقيقة، التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين، بل يستلزم الأمر اجتياز مراحل متعاقبة ومستمرة صوب التوقيع على العقد النهائي، يتم فيها مفاوضات واتفاقيات تمهيدية تحرر في مستندات تحضيرية تبادل فيها الأطراف الرؤية والمفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات حول العقد النهائي، ولعل من أهمها ما يسمى بخطاب النوايا أو التفاهم.

**أولا/ تعريف خطاب النوايا:** يطلق عليه عدة تسميات مماثلة مذكرة التفاهم أو مذكرة أساسيات الاتفاق، خطاب التفاهم، ومضمونه ذلك الخطاب أو المستند المكتوب الموجه من الطرف إلى

يرغب في التعاقد على محل معين إلى الطرف الآخر بين فيه رغبته في التعاقد معه وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه ويدعوه للدخول في المفاوضات العقدية<sup>85</sup>.

تتنوع صيغ خطابات النوايا، وبالتالي يصير من الصعب القول إن كل الخطابات تعتبر دعوة للدخول في مفاوضات مستقبلية حول إبرام أحد العقود الدولية، وهذا على خلاف ما ينبغي أن يكون. وهذا التنوع والتباين في الصياغة، وبالتالي في مضمون الخطابات، يرجع في عمق أساسه<sup>86</sup>، إلى أن من يقوم بصياغتها هم عادة المتخصصين في مجال العقود الدولية الذين عادة ما لا يدركون المعاني الخفية والبعد القانوني الكامن وراء الألفاظ والعبارات المستعملة. وهنا يستحسن على ممثلي المؤسسات والشركات بأن يساهموا في تشكيل الوفد التفاوضي أو الهيئة التي تتولى مخاطبة الغير بشأن عمليات العقود الدولية بعناصر قانونية مدربة لها الخبرة الكافية في التفاوض وصياغة المستندات والوثائق ذات الصلة بالعقود الدولية.

**ثانيا/ مضمون خطاب النوايا:** يختلف المضمون باختلاف المقصد أو النية التي يسعى الطرف المصدر للخطاب إلى تحقيقه من خلال ويمكن تلخيص ذلك في ما يلي:

❖ إعلان مبدئي للرغبة في الدخول في محادثات حول عملية تعاقدية من خلال تضمين الخطاب ببعض المسائل الخاصة بنوع العملية التعاقدية، من ناحية موضوع العقد، الثمن، التاريخ المرتقب لإبرامه، مكان تسليم محل العقد أو وقت إنجاز الأعمال التي سيتم الاتفاق عليها.

❖ خطاب النوايا يعبر عن وضع الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها، ومن ذلك تحديد وقت ومكان إفتتاح جلسات المفاوضات، من سيمثل الأطراف وعدد فريق التفاوض وتخصصاتهم، اللغة التي تستعمل في الحوارات والمناقشات، المدة التقريبية التي ستستغرقها المفاوضات، نفقات ومن سيتحملها، ولا خلاف في أن هذا المقصد يعد جوهريا، حيث يعمل على الإقتصاد في الوقت، وعدم إضاعته في مسائل إجرائية لا تتصل بصميم ما ترمي إليه المفاوضات.

❖ يكون فيه مضمون خطاب النوايا وضع للشروط العامة للعقود المزمع إبرامها في المستقبل، وذلك في الفروض التي تكرر فيها المعاملات بين الطرفين، كما في حالات عقود التوريد الدولية بالمواد الأولية، بحيث ترسخ القواعد العامة لأي عقد يرم مستقبلًا بينهما، فلا تنصب المفاوضات الخاصة لكل

<sup>85</sup> - Fontaine Marcel, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Dr. prat. com. int. 1977. p73, "Lors des négociations précontractuelles, les parties peuvent prévoir de formaliser dans un acte juridique, à savoir une lettre d'intention, certaines règles afin de guider leurs relations. La lettre d'intention est un préalable parfois nécessaire, qu'il convient de présenter".

<sup>86</sup> - Sebastien Jambart, Les lettres d'intentions sont –elles mortes ?, Bull. Joly sociétés, 01juin2007, n° 6, p. 669.

عقد على حدة إلا على الشروط الخاصة والمسائل التفصيلية النوعية، دون الشروط العامة، هو ما يحقق للطرفين إقتصاداً في الوقت والنفقات.

❖ أين يكون خطاب النوايا تعبير صريح عن النية الجادة في التعامل، والرغبة الحقيقية في التعاقد، وإرساء عوامل التعاون مع أطراف العملية في حالة الوصول إلى عقد نهائي. وبالتالي طمأننتهم وهذا الخطاب له أهمية في تفعيل إمكانية الوصول إلى إتفاق مبدئي حول العقد النهائي ذلك أن الإقتناع الذي سيتسرب إلى نفس الطرف المفاوض سيدفعه إلى إتخاذ التدابير التحضيرية اللازمة كي يوقع العقد النهائي فور توافق الأطراف عليه، من ذلك الحصول على الموافقة المبدئية من الجهات الحكومية المختصة أو المؤسسات المصرفية لتمويل المشروع، أو ترتيب المتعاقدين من الباطن، أو الإتفاق مع الموردين للبدء في تصنيع أو تصميم المعدات والآلات.

❖ قد يختصر مقاصد خطابات النوايا على مجرد طلب معلومات أو الرد على إستفسارات محددة بخصوص العملية التعاقدية، بحيث لا يخرج الأمر عن أن يكون مجرد وجود اهتمام بمشروع تلك العملية، دون أن يعبر عن أي نية للالتزام بالدخول في المفاوضات التعاقدية.

**ثالثاً/ صور خطاب النوايا:** من خلال ما سبق خاصة في نقطة مضمون خطاب النوايا أين يعبر الطرف على نيته مما يستفاد منها أن لخطاب النوايا صور تختلف باختلاف مضمونه، كما تعبر هذه الصور كذلك على المراحل التي يمر بها خطاب النوايا.

1. **الخطاب دعوة للتعاقد:** أين يظهر من خلاله محرره رغبته في التعاقد مع الطرف الموجه إليه الخطاب وإبرام عقد معين وفقاً للأسس والعناصر المرفقة بالخطاب، ويدعوه لوضع إطار عملية التفاوض حولها، من ناحية وقت بدء المفاوضات، مدتها، والدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول مختلف الجوانب الفنية والمالية والتنفيذية للعملية المزمع الإلتزام بها<sup>87</sup>، والتأكيد على الإلتزام بالحفاظ على السرية الواجبة لما تتمخض عنه تلك الدراسات الفنية والتقنية.

2. **الخطاب دعوة للبدء في المفاوضات:** وهو خطاب يتضمن دعوة محرر الطرف الآخر للبدء في المفاوضات حول العقد المزمع إبرامه، مع التأكيد على مواصلة التفاوض والالتزام حسن النية في كل مرحلة وما يوجبه الإلتزام بالأمانة وشرف التعامل، والامتناع عن الغش والسلوك التدليسي سواء عند

<sup>87</sup> - Johanna Schmidt, les lettres d'intentions, RDAI, N3/4, 2002, p.257.

بداية المفاوضات أو في خلالها، كالدخول في المفاوضات دون نية جادة في التعاقد أو قطع المفاوضات بدون سبب غير موضوعي خاصة أنها شارفت على الإنتهاء.

3. **خطاب الاتفاق المبدئي الحر:** وهو الخطاب الذي يصدره محرره بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطا كبيرا، وتم التوصل إلى أمور وأشياء أساسية إرتضاها محرر الخطاب، غير أنه يحرص على النص ، على أن ذلك غير ملزم للطرفين، إلا بعد توقيع العقد النهائي، وهذا الخطاب يتضمن عادة الشروط المشهورة ، ومقتضاه أن الإلتزام بالأمور والأشياء الأساسية التي إرتضاها محرر الخطاب معلق على النص عليه في العقد النهائي وبعد توقيعيه من الطرفين . غير أن قيمة هذا الشرط تتحدد حسب القانون واجب التطبيق على خطاب مذكرة التفاهم، لا سيما إذا لاحظنا إختلاف مواقف القوانين بشأنه.

4. **خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدي:** وهي الوثائق التي يوجهها المحرر الى الطرف الآخر خلال المفاوضات، بمعنى ان الأطراف قد دخلوا في مفاوضات حول العقد المزمع إبرامه، ويثبت فيه إتفاق الطرفين على بعض الإلتزامات المحددة، خصوصا الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات المتبادلة إثناء المفاوضات، وكذلك الإلتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازية، وتلك الإلتزامات مستقلة عن تلك الواردة في العقد النهائي المزمع إبرامه، وهذا النوع من الخطابات يتم اللجوء اليه خاصة في مجال مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا ، ويلاحظ هنا وجود إتفاق تعاقدي حقيقي على تلك الإلتزامات بحيث أن مخالفتها ترتب المسؤولية التعاقدية<sup>88</sup>.

5. **خطاب المشروع النهائي للعقد:** وهو الخطاب الذي يفيد أن مرحلة المفاوضات قد انتهت إلى تصور لمشروع بنود ونصوص العقد النهائي، غير أن التوقيع على ذلك العقد والبدء في تنفيذه معلق على استيفاء بعض الشروط والعناصر الثانوية<sup>89</sup> ، فقد أملت التجربة العملية في مجال إبرام العقود الدولية خاصة في عقود الدولة وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المفتاح والإنتاج في اليد أن التوقيع على العقد وبدء تنفيذه لا يتم إلا بعد الحصول على التراخيص الخاصة بإستغلال براءة الاختراع أو المعرفة الفنية. والتراخيص الإدارية لمباشرة النشاط والدخول إلى الموقع<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> - سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 91.

<sup>89</sup> - Marie Lamoureux, Les déclarations d'intention en droit privé, perspectives de RLMD du 01/04/2008, n°48, p.25.

<sup>90</sup> - Jean -Marc Loncle et Jean-Yves Trochon, la phase des pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI/N1,1997, p.13.

## الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على خطاب النوايا

باعتبار خطاب النوايا عبارة عن وثيقة يحررها أحد أطراف العقد المعنية بالعملية العقدية لتحقيق هدف إبرام العقد الدولي، فهو عمل انفرادي أساسا وتبادلي اتفاقي ضمينا بعد وصوله للطرف الآخر، ومن ثم هو تصرف قانوني يترتب آثار معينة، وعلى هذا الأساس وما دام العقد الرماد إبرامه دوليا فإن هذه المرحلة لمحالة تثير إشكالية القانون الذي يحكمها.

**أولاً: القانون واجب التطبيق على الشكل:** في مجال التعامل الدولي عن طريق العقود، يكون خطاب النوايا تصرفا قانونيا عابرا للحدود، ويتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة، وهو ما يقود بالضرورة إلى تنازع القوانين حول الشكل الذي ينبغي أن يفرغ فيه. وتخضع مسألة شكل خطاب النوايا للقاعدة العامة في حال تنازع القوانين في مسائل شكل عموما، وهي التي قرر خضوع الشكل لقانون المحل (قانون الدولة التي أجريت فيها المفاوضات) فالخطاب الذي يحرر أو يعد في الجزائر يخضع في شكله إلى القانون الجزائري وفقا لنص المادة 19 من التقنين المدني، كما انه يمكن ان تخضع إلى قانون الموطن المشترك أو القانوني الذي يحكم الأحكام الموضوعية (قانون الإرادة).

فإن خطاب النوايا يعد صحيحا من حيث الشكل، إذا استوفى الشكل الذي يقرره، فضلا عن قانون محل إعداده، القانون الذي يحكم موضوعه، أو قانون الموطن المشترك للطرفين مصدر الخطاب والموجه إليه أو قانون جنسيتهم المشتركة .

## ثانيا: القانون واجب التطبيق على موضوع خطاب النوايا

يثير خطاب النوايا إشكالا في مجال القانون الذي يحكم موضوعه، فإذا لم يحدد الطرف الذي اصدر خطاب النوايا ويبين حقيقة مضمونه، وما إذا كان يحتوي على تعهدات اتفاقية لها أثر ملزم يشكل الإخلال بها خروجا على التزامات تعاقدية ترتب المسؤولية القانونية، فإن القيمة القانونية لخطاب النوايا تخضع في تحديدها للقانون واجب التطبيق على التصرفات القانونية الإرادية، وهو القانون الذي يختاره أطراف التفاوض صراحة أو ضمنا (قانون الإرادة)، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون محل إعداد وتحرير الخطاب (وفقا لنص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري)، وعلى ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد المشار إليها بإختصاص قانون دولة أجنبية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم القيمة القانونية لخطاب النوايا، وتختلف القوانين الأجنبية في هذا الشأن، حيث لا يعترف جانب منها، لخطاب النوايا بأي قوة إلزامية أو طبيعية تعاقدية، وهذا على خلاف البعض الآخر. وهذا يدفعنا إلى طرح إشكالية القيمة القانونية لخطاب النوايا، إذ تختلف قوانين الدول من حيث الطبيعة القانونية لهذا التصرف، كما ان موقف الفقه في هذا الموضوع ليس مستقرا على أمر محدد، إذ

بعض الفقه ينظرون إلى الاتفاقات الواردة في خطاب النوايا باعتباره تصرفاً قانوني يترتب التزامات عقدية، بينما يرى آخرون أن هذا العمل لا يعد أن يكون عملاً مادياً.

### الفرع الثالث: القيمة القانونية للاتفاقات ما قبل العقدية (المفاوضات)

أولاً: الطبيعة المادية للاتفاقات قبل العقدية: تقوم فكرة الطبيعة المادية للتفاوض، على أساس أنه يمثل مجرد واقعة مادية ليس إلا، ومن ثم فهو غير ملزم ومفرغ من أية قيمة قانونية، وفي هذا الصدد تؤكد مواقف الفقه والقضاء على الطابع المادي الذي يقصد به المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك اتفاق صريح بشأنها، وهي الصورة الغالبة في العمل. حيث لا يوجد تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض بينهم، ولا يوجد نص قانوني ينظم العلاقة بين طرفي التفاوض، وهنا يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية، أو القيمة القانونية لمثل هذا التفاوض، وفي هذا الصدد يؤكد الأستاذ دليباك وجولدمان على أن التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق وصريح، ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني، ويؤيدهم في ذلك مواقف القضاء<sup>91</sup>، ووفقاً لهذا الاتجاه إنما تترتب عليه نتائج يمكن تلخيصها فيما يلي:

- قيام المسؤولية التقصيرية على العدول عن التفاوض، إذا ما اقترن ذلك العدول بخطأ مستقل عنه، فقد تترتب المسؤولية عن العدول حتى ولو لم يقترن بخطأ، وهو ما يحدث حينما تقطع المفاوضات في اللحظة الأخيرة وبدون مبرر، إذ يكون العدول في هذه الحالة هو الخطأ بعينه، والذي يبرر قيام المسؤولية التقصيرية.

<sup>91</sup> - الوضع في القانون الإنجليزي: يتجه الرأي إلى أنه ليس لخطاب النوايا، بحسب الأصل قيمة تعاقدية، وبالتالي ليس له قوة ملزمة لا يصلح في غير وجود إرادة صريحة لمصدره، ويتأكد عدم إلزام خطاب النوايا وتجرده من كل قيمة قانونية إذ لا ينطوي على عبارة أن احترام ما ورد بالخطاب والالتزام به معلق على التوقيع على شروط العقد النهائي، أما الوضع في القانون الأمريكي: في القانون الأمريكي يبدو أنه إذا كان يتفق مع القانون الإنجليزي من ناحية عدم الاعتراف لخطاب النوايا بقيمة إلزامية، غير أنه لا مانع من الخروج على ذلك المبدأ حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة. وفي موقف بعض القوانين الألمانية: القانون الألماني، فالأصل فيه أن خطاب النوايا غير ملزم، ولا تترتب عليه مسؤولية عقدية، على أن هذا لا يعني إعفاء أطراف التفاوض من الدخول فيها بحسن نية ومراعاة الإنصاف واعتبارات العدالة في تعاملهم. وعلى ذلك يمكن ترتيب مسؤولية التعويض عن المفاوضات قبل التعاقدية على أساس الإخلال باعتبارات حسن النية والأمانة المتبادلة بين أطراف التفاوض، من ذلك أن يقطع أحد الأطراف المفاوضات فجأة ودون سبب مقبول، أو يتسبب عمداً في خلق اعتقاد وتوقع مشروع لدى الطرف الآخر بأن العقد النهائي على وشك الإبرام والتوقيع عليه رغم أنه كان يعلم أو كان من المفروض عليه أن يعلم إستحالة تحقيق تلك التوقعات، أما في القوانين اللاتينية كالقانون الفرنسي والجزائري والمصري فإن الأمر، ليس لخطاب النوايا قوة إلزامية، أو طابع تعاقدية يمكن أن يترتب مسؤولية عقدية بالنسبة لمصدره أو الطرف الآخر الذي وجه إليه، وذلك انطلاقاً من مبدأ عام هو حرية المفاوضات حيث يظل لكل طرف فيها الحرية في مواصلة المفاوضات من عدمها.

وفي جميع الأحوال يتعين الفحص الموضوعي لمضمون خطاب النوايا، وكذلك البحث عن الإرادة الحقيقية لمصدر الخطاب، وللطرف الآخر الذي تلقاه وفقاً للأصول العامة في التفسير فتلك الإرادة، وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، تستطيع إنشاء التزام تعاقدية والدخول في دائرة المسؤولية العقدية المنظمة قانوناً، كما تستطيع أن تظل حرة طليقة لا تفرض التزاماً على صاحبها. ومع ذلك يمكن ترتيب المسؤولية والتعويض عن الخطأ التقصيري إن توفرت شروطها، لاسيما الإخلال بالواجب الأساسي بمراعاة حسن النية في مرحلة المفاوضات.

• أن المسؤولية التقصيرية سوف لا تقوم إلا إذا تم إثبات الخطأ التقصيري، وهو ما يعني أن الطرف المتضرر من قطع المفاوضات، يقع على كاهله إقامة الدليل على ارتكاب الطرف الذي عدل لخطأ تقصيري مصاحب لعدوله ومستقل عنه.

• الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية في مجال التفاوض من شأنه أن ينفر من المفاوضات، ما دام أن المسؤول عن قطعها سيكون ملتزما دائما بتعويض المضرور عن كل ما أصابه من ضرر مباشر، متوقعا كان ذلك الضرر أو غير متوقع.

### ثانياً: الطبيعة العقدية للاتفاقات قبل العقدية

يرى فريق آخر من الفقه في الحقيقة أنه بمجرد توافق الإرادتين على الدخول في عملية التفاوض، يكون الطرفان قد عقبا فيما بينهما عقدا دون أن يصرحا بذلك أحيانا، وهذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما سواء أثناء التفاوض أو عند فشله، الأمر الذي يجعل عملية التفاوض وما قد ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية. والثابت في عقود التجارة الدولية، وخاصة المتعلقة بنقل التكنولوجيا منها، أنها تستغرق وقتا وجهدا كبيرين، وما يقابل ذلك من نفقات باهظة، أضف إلى ذلك الفرص التي يمكن أن يفقدها أحد طرفي التفاوض في الدخول في صفقة أو أكثر مما قد يتأثر بها مشروعه التجاري. وعلى هذا الأساس فإن اتفاق التفاوض الصريح أو الضمني، والذي يسمى تارة بالاتفاق المبدئي، وتارة أخرى باتفاق التفاوض، المراد منه إضفاء الطابع العقدي للمفاوضات وهذا أقرته غرفة التجارة الدولية في أحد أحكامها بأنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكف في جميع الأحوال لانعقاده.

وفقا لهذا الاتجاه الذي ينادي إلى إضفاء الطابع العقدي انما يترتب على اتفاق التفاوض نشوء التزام بالبدء في التفاوض يقع على عاتق طرفيه، حيث يتعين عليهما الدخول في عملية التفاوض والبدء فيها ومتابعتها، وذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض، خلال المدة المتفق عليها، فإن لم يتفق على هذه المدة، التزم الطرفان بالبدء فيها خلال مدة معقولة هذا بالإضافة لتحديد المكان الذي ستجرى فيه المفاوضات، والطرف الذي سيتحمل نفقات الدراسات الأولية التي يمكن أن تطلب خلالها، ويتبع ذلك الالتزام وجوب الاستمرار في المفاوضات ومتابعتها، وفي هذا الصدد أكدت على ذلك محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة العالمية، في حكمها الصادر في القضية رقم 3131، حيث قررت أن الاتفاق على التفاوض يترتب التزاما تعاقديا يوجب متابعتها والاستمرار فيه.

### ثالثاً: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات

يعتبر هذا الأخير التعبير الصحيح والحديث للطبيعة القانونية للمفاوضات في مجال العقود الدولية

وفي تكريس مبدأ الحرية التعاقدية، تطبيقاً لنص المادة الأولى للمبادئ الموحدة للعقود الدولية وكذلك اتفاقية فيينا.

ويتوجب على المتعاقدين أن يحتاطوا للأمر وذلك بتضمين عقدهم ما يفيد اعتدادهم والتزامهم بالمفاوضات ومن ثم النص على ذلك في العقد باعتبارها جزءاً لا يتجزأ منه، كما يحدث أحياناً عندما يريد المتعاقدين الإبقاء على مفاوضاتهم للاستعانة بها في تكملة العقد أن يحرروا بها ملخصاً ويضيفوه كملحق للعقد كي تصبح هذه المفاوضات جزءاً منه ومن ثم تكتسب القوة الملزمة. وفي المقابل للمتعاقدين أيضاً إن أرادوا عدم الاعتماد بأية قيمة قانونية لمفاوضاتهم سواء في تفسير العقد أو تكملة أن يضمنوا عقدهم ما يفيد ذلك.

ووفقاً للتصور الأول الذي يقضي اتفاق الأطراف في العقد على إضفاء الطابع التعاقدي للمفاوضات ينتج من خلاله مجموعة من العناصر ألا وهي:

- يجب على الأطراف قبل الدخول في المفاوضات النص صراحةً على الاعتماد بهذه المرحلة واعتبارها عملاً قانونياً ملزماً أو العكس.
- المفاوضات جزء لا يتجزأ من العقد الأساسي (الزامية المفاوضات)
- تضمين المفاوضات اشتراطات صريحة واحترام مختلف المبادئ التي تقوم عليها خاصة حسن النية.
- الإشارة إلى المسؤولية العقدية في حالة إخلال أي طرف بمبادئ المفاوضات والالتزامات التي تفرضها.
- تحديد القانون الذي يحكم المفاوضات من حيث شكلها ومضمونها بالإضافة إلى تحديد الاختصاص القضائي.

## المحور السادس: تنفيذ عقود التجارة الدولية

إن الواقع القانوني والعملي لعقود التجارة الدولية يثبت وجود العديد من العوامل التي تؤدي إلى التأثير سلباً على الجانب الاقتصادي للعقد الدولي، بالتالي تؤدي إلى اختلال التزامات الأطراف المتعاقدة، إذ تثقل كاهل أحد المتعاقدين على الآخر كما أن طبيعة العقود الدولية من حيث مدتها الزمنية الطويلة من شأنها أن تكون تحت تأثير المستجدات والمعطيات الاقتصادية، القانونية والطبيعية، لذلك فكل هذه

العوامل ترد تحت مصطلحين أساسيين هما القوة القاهرة والظروف الطارئة اللذان يتحدان من حيث المبدأ إلا أنهما يختلفان من حيث الآثار، إذ أن مصطلح القوة القاهرة يدل بنسبة كبيرة على الإعفاء من الالتزام، أما الظروف الطارئة فتدل على إمكانية إنقاص الالتزام أو مراجعة العقد<sup>(92)</sup>، إلا أنه من حيث المبدأ يدلان على الظروف الاستثنائية تحدث بمنأى من إرادة المتعاقد، ولم يكن بالإمكان توقعها وتفاديها أو منع وقوعها، ومن شأنها أن تحول دون تنفيذ الالتزام التعاقدي<sup>(93)</sup>.

### المبحث الأول: إشكالات تنفيذ عقود التجارة الدولية

بالنظر إلى مختلف العوائق التي تثير صعوبة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية استوجب التطرق إلى بعض الحلول القانونية التي أوجدتها بعض التشريعات المقارنة وبعض الاتفاقيات الدولية لمواجهة خاصة تغير الظروف وتأثيرها على تنفيذ العقد. خاصة ما يتعلق بتطبيقات نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة للحفاظ على توازن العقد الدولي.

### المطلب الأول: إعمال نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية

قبل التطرق إلى مضمون هذه النظرية استوجب الأمر الوقوف على القوة القاهرة التي تؤثر على الالتزامات وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الدولي، فصياغة نص في العقد يعفي الملتزم بتنفيذ التزامات التعاقدية في حالة حدوث قوة قاهرة تحول دون تنفيذها، فإذا تم الالتزام به أثناء التوقيع على العقد أصبحت ملازمة للعقد التجاري الدولي<sup>(94)</sup> وصياغة بند القوة القاهرة كما هي متعارف عليها في عقود التجارة الدولية Force majeure يهدف إلى حماية الملتزم بالتنفيذ في حوادث خارجة عن إرادته، ومثل هذا الشرط كان يتم اللجوء إلى تدوينه في العقد فقط للحماية من الحوادث الطبيعية المفاجئة التي تجعل من الالتزام مستحيلا، أما في الوقت الراهن فالنص علما أصبح ضروري للحماية خاصة من التغيرات الاقتصادية والسياسية المفاجئة والتي تؤثر على التنفيذ في البلد الذي يكون فيه تنفيذ العقد أو حتى الظروف التي تؤدي إلى خسارة غير متوقعة<sup>(95)</sup>.

92- انظر في ذلك:

FONTAINE Marcel & DELY Filip, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, 2eme éd, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 2003

93- عطية نعيم، الموسوعة القانونية للاستثمارات والعقود الدولية (وثائق وبحوث) التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية "اختيار المتعاقد"، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 66. وفي النقطة نفسها راجع:

KAHN Philipp, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », JDI, n°03, Paris, 1975, p 469.

94- صالح بن عبد الله بن عطاء العوفي، المرجع السابق، ص 235.

95- بن ساعد الهام، المرجع السابق، ص 186.

الأمثلة المتعلقة بتأثير القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية كثيرة، على سبيل المثال ما حصل في حرب الخليج الأولى والثانية والحصار الاقتصادي الذي استتبع ذلك مما أدى إلى عدم قدرة العديد من المتعاملين الاقتصاديين على عدم تنفيذ ما تم التعاقد عليه، وكذلك، الحروب الأهلية في مختلف البلدان غير المستقرة سياسياً (لبنان، الصومال)، كذلك قد ترد ظروف إلى جانب الظروف السابقة تؤدي إلى إعفاء المدين الوفاء في العقد الدولي كأعمال الحكومة عند إصدارها لقوانين الحظر الكلي أو الجزئي للاستيراد والتصدير والأوضاع المماثلة لحالة الحرب كالحصار<sup>(96)</sup>.

بالعودة إلى اتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع، فلقد تدخلت في نقطة معالجة ظاهرة الاضطراب في اقتصاديات العقد على اثر تغير الظروف، فأبدعت مفهوماً جديداً يمكن بمقتضاه مجابهة الاضطراب وذلك بمنع احد الأطراف عند تنفيذ التزامه على النحو المحدد، وهذا المصطلح وارد في المادة 79 منها "الإعفاء من المسؤولية" والذي يتناسب مع القوة القاهرة<sup>(97)</sup>، الذي يدل على استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية ومن ثم يجعله معفياً عن الوفاء بالثمن بسبب هذه الظروف.

كما نجد مصطلح Frustration في القانون الانجليزي الذي يدل على انهيار العقد والذي يقترب من مفهوم الظروف الطارئة، فانهيار العقد يكون في حالة حدوث ظروف أو أي عامل من شأنه أن يؤثر على الأطراف في تنفيذ العقد، وهذا ما يؤدي إلى التخفيف من حدة الظروف أثناء مرحلة التنفيذ إذ يمكن للأطراف إعادة توزيع الالتزامات فيما بينهم على اثر تغير غير متوقع في الظروف. وهذا ما قضت به محكمة QUEEN'S Bench في قضية Taylor و Caldwell عام 1863، رغم أن العقد لا يحتوي على اتفاق صريح يسمح للأطراف بتعديل الالتزامات الواردة في العقد في حالة الظروف الطارئة<sup>(98)</sup>، فبعدما أقيمت هذه النظرية على تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد مهما كانت الظروف و المتغيرات تراجعت ومن خلال تطبيقها في العديد من القضايا، إذ ترتب الوصول إلى توزيع الالتزامات حسب الظروف وهذا وفقاً للمبادئ التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة المعمول بها خاصة في القضاء الإداري الفرنسي على نحو يساعد

<sup>96</sup> - عطية نعيم، الموسوعة القانونية للاستثمارات والعقود الدولية (وثائق وبحوث) التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية "اختيار المتعاقدين"، المرجع السابق، ص 67.

<sup>97</sup> - تنص المادة 79 من اتفاقية فيينا على انه:

"لا يسأل احد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".

<sup>98</sup> - سلامة فارس عرب، المرجع السابق، 341.

الأطراف على توزيع الالتزامات العسيرة من جراء الظروف الاستثنائية دون إثقال كاهل احد الطرفين عن الآخر<sup>(99)</sup>.

### الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية: أما في يخص

نظرية الظروف الطارئة (الحوادث الاستثنائية) وتأثيرها على العقود الدولية، فإن أعمال هذه النظرية يؤدي بالأطراف إلى عدم إنهاء الرابطة العقدية نتيجة ظروف استثنائية، وإنما البقاء على تنفيذ الالتزامات بعد قهوت تلك الظروف إلى جانب تسوية وضعية المتعاقدين بمعنى موازنة الالتزامات خاصة بالنسبة للطرف الذي أثقل كاهله بسبب هذه الظروف<sup>(100)</sup>، ولقد أقرت قواعد المبادئ العامة للعقود الدولية Unidroit على الحالات التي بإمكان الأطراف مراجعة العقد عامة والتمن خاصة، وذلك عملاً بالمادة 2-2-6 منها والتي تنص على أنه في حالة ما إذا طرأت حوادث استثنائية تؤدي إلى اختلال جسيم في الاداءات التي ينشئها العقد، سواء بالنظر إلى الارتفاع الباهظ في تنفيذ احد الالتزامات التعاقدية، أو بالنظر إلى الانخفاض الكبير في تكلفة الاداءات المقابلة وذلك إذا توافرت الشروط الأساسية:

- أن يحدث الطارئ الاستثنائي بعد إبرام العقد.
- ألا يكون الحادث الاستثنائي معروفا للطرف المضرور إلا بعد إبرام العقد، إذ لا يدخل في دائرة التوقع المشروع للطرف المضرور منه وخارج عن إرادته.
- يتعين أن يكون الحادث شديد الإرهاق بالطرف المضرور يهدده بخسارة فادحة .
- لهذه الأسباب وغيرها، يمكن لأطراف العقد التجاري الدولي اللجوء إلى مراجعة بند الثمن وذلك وفقاً للمبادئ العامة للعقود الدولية Unidroit<sup>(101)</sup>.

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية لمراجعة العقد في حالة الاختلال الاقتصادي للعقد بعد طلب احد الأطراف، مهم للحفاظ على العلاقة التعاقدية، وحسب الأستاذ

<sup>99</sup> - تبين ذلك خاصة في عام 1874 في قضية Jackson V. Union Marine Insurance Co. Ltd ، إذ طبق القضاء الانجليزي لأول مرة نظرية انهيار العقد frustration للوصول إلى نتائج مماثلة لتلك التي تترتب على نظرية الظروف الطارئة أو الحوادث الاستثنائية في القضاء الفرنسي، أي في الفروض التي يكون فيها تنفيذ المدين لالتزامه وان لم يكن مستحيلاً إلا انه مرهقا إلى حد كبير، على اثر تغيرات جوهرية غير متوقعة في ظروف التنفيذ،

كما تم الاعمال بنفس النظرية frustration عام 1956 في قضية Société Franco-Tunisienne d'armement V. Sidermar SPA ، في تفصيل القضية، راجع سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 343.

<sup>100</sup> - JARROSSON (Ch), « L'obligation de coopération dans le contrat international de longue durée », Centre de recherche sur le droit des affaires, p 08, In <http://www.creda.cci.fr>, le 30 Janvier 2005.

<sup>101</sup> - سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 349.

السنهوري في مجال العقود الداخلية، في حالة ما إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع كل اتفاق على خلاف ذلك باطلا<sup>(102)</sup>.

كما أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة رد الالتزام إلى حد المعقول، وذلك في حالة حدوث الظروف التي تدخل في نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو الحوادث الاستثنائية<sup>(103)</sup>.

أما بالنسبة لتطبيقات نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية وتأثيرها على مراجعة العقد، فيستوجب توافر الشروط التي يتم الأعمال بها على المستوى الدولي، وخاصة إذا اتفق الأطراف على الأعمال بها في حالة تغير الظروف، خاصة تلك المتعلقة بالمنافسة وحالة الصرف إلى جانب عاملي ارتفاع أو انخفاض تكاليف المواد الأولية، وتكاليف العمالة التي من شأنها أن تؤدي إلى إثقال كاهل احد الطرفين بالتزامات مرهقة خاصة تلك المتعلقة بالاداءات النقدية<sup>(104)</sup>، وعلى هذا الأساس وجب تبيان شروط أعمال هذه النظرية ثم الحالات التي يمكن أن تدخل في إطارها والتي من شأنها أن تؤدي إلى مراجعة العقد الدولي.

### الفرع الثاني: شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية

لا تختلف هذه الشروط الواردة في العقود الداخلية على الشروط التي يمكن أن ترد في العقود الدولية، وإنما هذه الأخيرة هي الأكثر عرضة لتطبيق العوامل التي تقوم عليها النظرية، وهذا بالنظر إلى طول مدة تنفيذ العقود الدولية وكذا الخصوصيات المتعلقة بصفة الدولية، أما بالنسبة لشروط أعمال النظرية لمراجعة الثمن أربعة يمكن تبسيطها فيما يلي:

**أولاً: أن تطرأ الحوادث في الفترة بين إبرام العقد وتنفيذه:** فإذا كانت هذه الظروف موجودة قبل انعقاد العقد فلا تؤثر عليه، ولو كان احد المتعاقدين أو كلاهما لا يعرفها، وهذا وارد في العقود الدولية نتيجة لاستمراريتها مدة طويلة، إذ تنفيذها يتطلب مدة زمنية طويلة كعقود الإنشاءات وعقود نقل المعرفة الفنية<sup>(105)</sup>، ونفس الشيء بالنسبة لعقد البيع الدولي، على سبيل المثال عندما يتعلق الأمر بدفع الثمن لأجل بمعنى تأجيل دفع الثمن لزمان معين، بالتالي فحدوث طارئ قبل دفع الثمن أو دفع

<sup>102</sup> - السنهوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 704.

<sup>103</sup> - راجع الفقرة الثالثة 3 من المادة 107، الأمر رقم 58-75 سالف الذكر.

<sup>104</sup> - جواد محمد علي، المرجع السابق، ص 158-159.

<sup>105</sup> - GLAVINIS Panayotis, op.cit, p 162.

جزء منه يؤدي بالثمن أو الباقي منه إلى أن يكون عرضة للإنقاص بسبب الحدث الفجائي والطارئ، أما ما سبق الوفاء به قبل وقوع الحادث فلا ينال تعديله، ذلك أن حدوث الظروف الطارئة والاستثنائية عامة (كحدوث ارتفاع باهض للأسعار أو قيام الدولة بوضع تسعيرات خاصة مقننة) لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية<sup>(106)</sup>.

**ثانيا- أن تكون الظروف استثنائية عامة:** يقصد من هذا الشرط أن تكون الظروف الاستثنائية نادرة الوقوع بحسب السير العادي للأمر ومثال ذلك، وقوع فيضانات والتي تؤدي إلى إتلاف جزء من محل التعاقد، أو زلزال أو فرض لتسعير من قبل سلطات الدولة يؤدي بأحد الأطراف إلى طلب مراجعة العقد، إلا أنه يجب أن تكون هذه الظروف عامة وقد تكون هذه الظروف العامة اقتصادية، تجارية، مالية وسواء كانت داخلية أو دولية<sup>(107)</sup>، وشرط العمومية إلزامي للمراجعة على اعتبار أن اثر الظرف الفجائي لا يقتصر فقط على أطراف عقد دولي معين بالذات، بل يشمل كل المعاملات والعلاقات التعاقدية الدولية التي تدخل في نفس المنهج، كارتفاع أسعار المواد الأولية التي تكون محلا للتوريد، فكل المعاملات التي يكون محلها توريد تلك السلعة أو المادة الأولية تخضع لتطبيق مضمون النظرية بالتالي مراجعة الأسعار الأولى<sup>(108)</sup>، أما بالنسبة لاضطراب العلاقة التعاقدية بسبب إفلاس أحد المتعاقدين أو اضطراب أعماله لا يعتبر من قبيل الظروف العامة ومن ثم لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لمراجعة العقد<sup>(109)</sup>.

**ثالثا- أن تكون الظرف استثنائية ليس في الوسع توقعها:** إذا كانت الظروف متوقعة أو كان يمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>(110)</sup>، بالتالي تبقى الالتزامات واجبة الأداء بالرغم من حدوث الطارئ كونه من الحوادث المتوقعة في المستقبل بين أطراف العقد، ويجب أن يكون الظرف غير متوقع ومعناه أن أحد الأطراف لا يستطيع توقع هذا الظرف وقت إبرام العقد وهذا معيار موضوعي لا يتعلق فقط بالطرف المدين، ولا يكفي أن يكون الظرف أو الحادث فجائيا استثنائيا وعام وغير متوقع، بل يجب ألا يكون في الاستطاعة دفعه أو التنفيذ في إطاره، بمعنى أن يكون المتعاقد الذي تخلف عن التنفيذ غير قادر عن تجنبه أو التغلب عليه، وتقدير هذا الشرط يكون أيضا بالرجوع إلى معيار الشخص المعنوي مع

<sup>106</sup> - السهنوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 717.

<sup>107</sup> - FONTAINE Marcel & DELY Filip, op.cit, p 501.

<sup>108</sup> - جواد محمد علي، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص 157.

<sup>109</sup> - السهنوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 721.

<sup>110</sup> - FONTAINE Marcel & DELY Filip, op.cit, p 504.

الوضع في الاعتبار كافة الظروف الملازمة له<sup>(111)</sup>، ومثال ذلك عقود التوريد التي يكون محلها توريد المادة الأولية (السكر)، إذ وافق أطراف العقد الدولي على مراجعة العقد نظرا للحادث العارض الذي جعل التنفيذ من المورد ليس باستطاعته دفعه<sup>(112)</sup>.

**رابعاً- أن تجعل الظروف تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا:** وفي هذه الحالة أو الشرط يتبين الفرق بين القوة القاهرة والحادث الطارئ والمفاجئ، فهما يشتركان في أن كل منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام وانفساخ العقد بقوة القانون، أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقا فحسب وهذا ما يدفع الأطراف المتعاقدة إلى مراجعة العقد، ورد الالتزام إلى الحد المعقول وذلك بالاستعانة بخبراء في ميدان التجارة الدولية<sup>(113)</sup>.

إذن من خلال ما تقدم نحول نظرية الظروف الطارئة، يتبين أن لها تأثير على مضمون العقد الدولي، على أساس أنها تؤثر على اقتصاديات العقد والتي من خلالها يلجأ الأطراف إلى مراجعة الاداءات المتقابلة، وخاصة يلجئون إلى مراجعة جوهر العقد الدولي والمتمثل في الثمن، وقد تكون المراجعة للثمن في العديد من المرات خلال تنفيذ العقد التجاري الدولي<sup>(114)</sup>، غير أنه تحديد هذه الظروف على سبيل الحصر في العقد يختلف من عقد إلى آخر، كما أن العوامل ومستجدات التجارة الدولية لها تأثيرها الخاص على مراجعة الثمن، وخاصة تلك المتعلقة بالمنافسة، والتي من شأنها أن يتدفع بها أحد الأطراف المتعاقدة إلى دفع الطرف الآخر إلى مراجعة العقد سواء بزيادة أو إنقاص عناصره، إلى غير ذلك من العوامل التي سيتم التعرض إليها تحت عنوان، العوامل الاقتصادية التي تؤدي إلى مراجعة العقد لكونها تمس مباشرة الجانب الاقتصادي (المالي) للعقود التجارية الدولية.

• <sup>111</sup> - خالد احمد عبد الحميد، ، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2002، ص 74.

<sup>112</sup> - في قضية العقد التجاري الدولي لتوريد مادة السكر، راجع: السهوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 722.

<sup>113</sup> - يمكن لأطراف العقد الدولي أن يصيغوا بندا في العقد خاص بالحوادث الطارئة، التي من شأنها أن تؤدي إلى مراجعة العقد عامة وعنصر الثمن بصفة خاصة، وهذا ما يؤكد الأستاذين DELY & FONTAINE في إحدى النماذج لعقود التجارة الدولية والذي ينص في ذلك البند: (Les parties procéderaient a une révision du contrat....et a se mettre d'accord sur une adaptation du prix....les parties consulterons aux fins de trouver en commun des ajustements équitables à cet accord), Voir, FONTAINE Marcel & DELY Filip, op.cit, p 515.

<sup>114</sup> - قد تكون مراجعة الثمن من قبل أطراف العقد التجاري الدولي في العديد من المرات عند تنفيذه، وذلك بسبب الظروف المتكررة، انظر في ذلك مضمون القضية المطروحة أمام غرفة التجارة الدولية:

CCI, affaire n° 8501, JDI n°04, Paris, 2001, pp 1164-1171.

## المطلب الثاني: إعمال نظرية القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية

في هذه النقطة استوجب الوقوف على تطبيقات القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية، خاصة مع التحولات الجديدة التي طرأت على الآثار المترتبة على تطبيق أحكامها على المستوى الدولي من خلال دعوة أطراف العقد إلى مراجعته أو إعادة التفاوض عليه.

### الفرع الأول: تطبيقات المفهوم الموسع للقوة القاهرة

يؤدي تطبيق المفهوم المجرد لأحكام القوة القاهرة بطبيعته إلى تبني التوجه المتشدد لها من خلال اعتبارها سبباً لانتفاء المسؤولية، ويكون ذلك من خلال توجه القضاء الوطني وقضاء التحكيم إلى تقدير الشروط العامة للقوة القاهرة بشكل متشدد<sup>(115)</sup>، غير أنه جرى العمل في تطبيقات عقود التجارة الدولية على أن للأطراف حرية في تنظيم علاقتهم التعاقدية وبذلك إضفاء بعض المرونة في الشروط العامة للقوة القاهرة رغبة منهم للحفاظ على العقد في ظل الظروف المتغيرة.

**أولاً/ التعديل من آثار القوة القاهرة:** يكون ذلك من خلال تنظيم الأطراف وتعديلهم خاصة للآثار الناتجة عن تطبيق أحكام القوة القاهرة، إذ يتعلق الأمر في جميع الحالات باختيار الشكل الملئم والصيغة الملئمة التي تتناسب وطبيعة العقد من أجل الحفاظ على استقراره<sup>(116)</sup>، ويتفق فقه التجارة الدولية على أنه نظراً لاختلاف تنظيم القوانين الوطنية للقوة القاهرة خاصة تلك التي تتشدد في أحكامها (القانون الفرنسي على سبيل المثال)، فإنه يقع على الأطراف عبء تنظيم شرط القوة القاهرة من خلال

<sup>115</sup> - قد يبدو الحديث عن مراجعة العقد التجاري الدولي وملأئمه في حالة تأثره بالظروف المشككة للقوة القاهرة أمراً مستغرباً، ذلك لأن القوة القاهرة كما استقر الفقه والقضاء الوطني خاصة أنها تؤدي إلى انقضاء العلاقة العقدية بالفسخ، بالتالي من أجل الابتعاد عن الصرامة والتشدد الذي تمليه القوانين الوطنية، اتجه المتعاملون في مجال عقود التجارة الدولية إلى تطوير وتنظيم أحكامها بموجب اشتراطات عقدية كوسيلة لمراجعة العقد وملأئمه، في تفصيل هذه النقطة راجع: ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وأحده...، المرجع السابق، ص 158-159.

<sup>116</sup> - يظهر من خلال العديد من الاشتراطات العقدية المنظمة لعنصر القوة القاهرة من الناحية العملية في مجال عقود التجارة الدولية، توجه إرادة الأطراف إلى تنظيم القوة القاهرة بشكل يؤدي إلى الحفاظ على الالتزامات التعاقدية وتنظيمها وفقاً للمستجدات دون اللجوء إلى فسخ العقد، ويظهر ذلك جلياً في بعض العقود التي كانت محل بحث من الأستاذ FONTAINE Marcel، إذ يسعى الأطراف على الحفاظ على العقد ولو كان ذلك تحت تأثير تغير الظروف:

- «... Dans tous les cas, la partie concernée devra prendre toutes dispositions utiles pour assurer dans les plus brefs délais, la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par le cas de force majeure et réduire au maximum le retard subi...».

- «... Si un cas de force majeure durait plus de deux mois, les deux parties contractantes se mettront d'accord en ce qui concerne l'exécution ultérieure du contrat vu les circonstances survenues...».

- «...Si la force majeure s'étendait sur plus de quatre mois, l'acheteur et le vendeur entreprendraient immédiatement de nouvelles négociations dans le but de prendre les mesures qui paraissent les plus appropriées pour atteindre le but du contrat...», Voir FONTAINE Marcel & DELY Filip, Op cit, spec, p 462, 465.

تحديد شروطها ومجال تطبيقها والتأكيد على مراجعة العقد وتكييفه وفقا للظروف كنتيجة لإعمال شرط القوة القاهرة<sup>(117)</sup>.

يهتم المحكم في هذه الحالة بنوعين من المعطيات لحل إشكالية تنفيذ العقد تحت تأثير تغير الظروف، أولها المعطيات والأحداث الخارجية التي تعبر عن الصعوبات المؤدية إلى صعوبة تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد، ثانيهما الاهتمام بالاشتراطات العقدية التي تنظم مسألة تغير الظروف وخاصة عند اتفاق الأطراف على مراجعة وتكييف العقد وفقا للظروف الجديدة، فالمحكم في هذه الحالة يعتمد على إرادة الأطراف التي ترجمها الاشتراطات العقدية من أجل علاج مشكلة تغير الظروف وتأثيرها على استقرار الثمن التعاقدية، وهذا كله يعكس أهمية الدور الذي تلعبه الإرادة في تنظيم تغير الظروف في عقود التجارة الدولية.

**ثانيا/ تعداد الظروف المشككة للقوة القاهرة:** كما أن الأطراف يمكنهم من خلال الاشتراطات العقدية تنظيم الأحداث التي تدخل في مجال القوة القاهرة أو استبعاد أحد الشروط أو التخفيف من حدة بعضها، والمعمول به في عقود التجارة الدولية أن يقوم الأطراف بوضع قائمة ملحقة بالعقد تبين الأحداث المشككة للقوة القاهرة سواء المؤدية إلى إعادة تكييف الالتزامات العقدية وفقا للظروف الجديدة أو المؤدية إلى انتفاء المسؤولية<sup>(118)</sup>، أو عكس ذلك أين يبين الأطراف الظروف التي تخرج صراحة من مجال إعمال الشروط العامة للقوة القاهرة<sup>(119)</sup>.

إلا أن الإشكال يثار في الحالة العكسية أين لا يحدد الأطراف في العقد لا الشروط العامة للقوة القاهرة ولا يحددون الظروف التي تدخل في إطارها أو تخرج عنها، ففي هذه الحالة يكون المحكمون في وضعية حرجة أين يقع عليه عبء احترام إرادة الأطراف ويجب عليهم البحث في أحكام القانون المختص وقواعد العدالة من أجل النظر في إشكالية تغير الظروف وإقراره مراجعة العقد أو فسخه بسبب حدة الظروف المشككة للقوة القاهرة.

<sup>117</sup> - **ANTOMMATTEI Paul-Henri**, Contribution a l'étude de la force majeure, thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences économique de Montpellier, LGDJ, paris, 1992, p 250 et s.

<sup>118</sup> - **FONTAINE Marcel**, Droit des contras internationaux: analyse et rédaction de clauses, éd BRUYLANT, FEC, Bruxelles, 1989216-217.

<sup>119</sup> - عادة ما يكون محكمي عقود التجارة الدولية أمام إشكال حول مسألة طريقة تحرير شرط القوة القاهرة من خلال تصريح الأطراف عن نيته في تحديد الظروف التي تشكل القوة القاهرة على سبيل الحصر، بالتالي يثور التساؤل حول الظروف غير محددة منهم والتي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد أو تؤثر بصفة مباشرة على عنصر الثمن في العقد، إذ تعد من قبيل القوة القاهرة وفقا للمفهوم العام لكنها لم تذكر ضمن القائمة التي حددها الأطراف. لهذا فإن فقهاء عقود التجارة الدولية يناشدون إلى وضع تعريف عام للقوة القاهرة في العقد من خلال تحديد الشروط العامة الواجب توفرها في الطرف المشكل لها مع تحديد بعض الظروف على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

## الفرع الثاني: وقف تنفيذ العقد والدعوة إلى مراجعة العقد وفقا للظروف المشكلة

### للقوة القاهرة

من بين الحلول العملية التي أفرزتها معاملات عقود التجارة الدولية المغايرة للأحكام العامة للقوة القاهرة، توجه الأطراف إلى التوقف عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية بسبب تغير الظروف<sup>(120)</sup>، وهذا من أجل التقليل من الخسائر التي يمكن أن تلحق بأطراف العقد في حالة الاستمرار في تنفيذ العقد تحت تأثير تغير الظروف<sup>(121)</sup>، وتعتبر الاشتراطات العقدية الأساس الأول الذي يقوم عليه وقف التنفيذ، كما أن المحكم يمكن له دعوة الأطراف إلى إعادة النظر في عناصر العقد تأسيسا على مبادئ العدالة تطبيقا للتوجهات الحديثة في مجال عقود التجارة الدولية.

### الفرع الثاني: آثار إعمال نظرية القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية

يعتبر اللجوء إلى نظام وقف تنفيذ العقد والدعوة إلى ملائمة ومراجعة بنوده من الحلول العملية التي أملت ممارستها عقود التجارة الدولية وأحكام التحكيم التجاري الدولي.

**أولا/ التوقف عن تنفيذ العقد والدعوة إلى مراجعته:** احتراماً للاشتراطات العقدية عادة ما يواجه أطراف العقد الدولي تغير الظروف المشكلة للقوة القاهرة بالاتفاق على الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية دون وقفها، أو الاتفاق على وقف تنفيذ الالتزامات تحت تأثير الظروف الخارجية وإعادة التفاوض على الالتزامات التعاقدية من أجل ملاءمتها والظروف الجديدة<sup>(122)</sup>، فنظام الوقف لا غنى عنه في حالة القوة القاهرة إلا إذا تبين أن الظروف أدت إلى استحالة مطلقة في التنفيذ، فالمدين في عقود التجارة الدولية الذي يكون تحت تأثير ظروف القوة القاهرة التي تؤدي إلى عدم إمكانيته الاستمرار

<sup>120</sup> - ALMEIDA PRADO Mauricio, Le Hardship dans le droit du commerce international, Ed Bruylant, Bruxelles, 2003, p 175.

<sup>121</sup> - sur l'obligation de minimiser les pertes dans la lex mercatoria, voir : DERAIS Yves, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », RDAI, Paris, 1987, pp 375-382 p 375/s..

<sup>122</sup> - يؤكد فقه قانون التجارة الدولية خاصة الأستاذ KAHN، بأن اللجوء إلى وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية في حالة القوة القاهرة يعتبر من الحلول العملية من أجل الدعوة إلى مراجعة وملاءمة الالتزامات التعاقدية وفقا للظروف الجديدة، ويكون ذلك حتى ولو لم ينص عليه الأطراف في العقد من خلال دعوة المحكم إلى ذلك، احتراماً لمبادئ العدالة ونظراً لطبيعة عقود التجارة الدولية، في هذه النقطة راجع: KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux... », Op cit, p 481/s.

في الوفاء به يمكن له وقف تنفيذ التزامه والمطالبة بملاءمة العقد وفقا للظروف الجديدة خاصة في حالة الارتفاع الفاحش لثمن السلعة في السوق الدولية<sup>(123)</sup>.

تعتبر عملية وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية هي انطباق الطرق والأساليب التي ينتهجها المتعاملون في مجال العقود الدولية من اجل الحفاظ على استمرار العقد لمواجهة الظروف المشككة للقوة القاهرة، من خلال الدعوة إلى إعادة التفاوض على الالتزامات التعاقدية، فهذه العملية تحي مستقبل إمكانية الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية متى زالت الظروف المشككة للقوة القاهرة، كما أنها تساعد على تفادي الفسخ التلقائي للعقد الذي يعتبر من نتائج أعمال أحكام القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، بالتالي تأمين تنفيذ العقد مستقبلا وفقا للظروف الجديدة.

لعل ما ساعد على الأخذ بهذا الحل توجه القواعد المنظمة لعقود التجارة الدولية إلى تكريس نظام وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية في حالة القوة القاهرة، ويظهر ذلك من خلال تحليل أحكام المادة 79 من اتفاقية فيينا، والمادة 74/2 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية، انه بعد زوال الظرف المشكك للقوة القاهرة يعود العقد إلى السريان، بالتالي في فترة الوقف يمكن للأطراف إعادة النظر في عنصر الثمن وأقلتمته وفقا للظروف الجديدة، كما أن الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية خاصة المادة 7 منها، يفهم ضمنا من خلالها أن في فترة وقف تنفيذ العقد لا يحق للطرف الآخر أن يلغي أو يفسخ العقد، فهذا يساعد ويحمي المدين من سلوك الطرف الآخر الذي يرغب في فسخ العقد بسبب تغير الظروف وبالتالي قد يزول الظرف، كما قد يتوصل الأطراف إلى اتفاق لملاءمة العقد عامة وفقا للظروف الجديدة بالتالي حماية العقد من الانقضاء بالتالي استمراره وهذا ما يسعى إلى تحقيقه خاصة محكمي عقود التجارة الدولية في المنازعات التي تعرض عليهم.

### ثانيا: ملائمة العقد وفقا للظروف الجديدة (إعادة التفاوض)

جانب من فقه التجارة الدولية يرى أن المحكم يمكنه ملائمة الالتزامات التعاقدية سواء عند تطبيقه لقواعد القانون المنظمة للعقد أو بالنسبة لشروط العقد، كما أن سلطته تمتد إلى مراجعة العقد

<sup>123</sup> - على سبيل المثال بالنسبة للاشتراطات العقدية التي يمكن إدراجها من قبل الأطراف لمواجهة القوة القاهرة والدعوة إلى إعادة التفاوض وتكييف العقد خاصة عنصر الثمن في العقد الدولي نستدل بإحدى العقود الدولية التي كانت محلا للدراسة من طرف الأستاذ KAHN : Philippe

« Si par suite de cas de force majeure, le maître de l'œuvre ou le constructeur ne pouvaient exécuter leurs prestations telles que prévues au contrat pendant une période de six mois, les parties se rencontrent dans les plus brefs délais pour examiner les incidences contractuelles desdits événements en particulier sur les prix et les délais de la poursuite des prestations respectives... », in, KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux... », Op cit, spec, p 483.

من خلال إعادة التوازن العقدي كما اتجهت إليه إرادة الأطراف<sup>(124)</sup>، كما أن بعض الآراء الفقهية تؤكد بان دور المحكم عند تطبيقه لمبدأ العدالة عند اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم ترخيص ضمني لهم للمحكم لملاءمة العقد في حالة التغير الجوهرى للالتزامات التعاقدية تحت تأثير القوة القاهرة<sup>(125)</sup>.

**ثالثا/ دور التحكيم في تطبيق مبدأ العدالة لوقف العقد من اجل ملائمة العقد:** خلق واقع عقود التجارة الدولية حولا عملية لمواجهة الظروف المشكلة للقوة القاهرة وتأثيرها على استقرار الالتزامات التعاقدية، خاصة في حالة غياب شرط في العقد على وقفه من اجل مراجعة وملاءمة الالتزامات التعاقدية وفقا للظروف الجديدة.

ففي هذه الحالة يسعى المحكمون في مجال العقود الدولية إلى الحفاظ على العقد وعدم إقرار فسخه والتشدد في ذلك تأسيسا على مبدأ العدالة، كون أن الاستمرار في تنفيذ العقد وفقا للشروط التي تم الاتفاق عليها عند إبرام العقد يتنافى مع مبدأ العدالة نظرا لتأثر الالتزامات التعاقدية بالظروف المشكلة للقوة القاهرة، بالتالي ألا يمكن للمحكم في هذه الحالة أن يقوم بوقف العقد ودعوة الأطراف إلى ملاءمته أو أن يقوم هو نفسه بملاءمة العقد وفقا للظروف الجديدة؟.

إن الحديث على إمكانية وقف المحكم تنفيذ العقد ودعوة الأطراف إلى مراجعة العقد يعتبر من الحلول العملية التي فرضتها الممارسات في مجال عقود التجارة الدولية، خاصة إذا اشترط الأطراف في العقد على ذلك حفاظا على استمرار العقد الدولي<sup>(126)</sup>، لكن بخصوص ملائمة المحكم ذاته للعقد وفي حالة عدم اشتراط ذلك من الأطراف يثير جدلا بين الفقهاء، على اعتبار أن جانب من الفقه يرفض تماما تدخل المحكم بناءً على مبدأ العدالة من أجل مراجعة العقد وفقا للظروف الجديدة تأسيسا على مبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>(127)</sup>.

## المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

يثير موضوع القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية العديد من الإشكالات القانونية، خاصة في حالة غياب التصريح بالقانون المختص بالعقد.

<sup>124</sup> - LOQUIN Eric, « L'amiable composition... », Op cit, p 285.

<sup>125</sup> - نرمين محمد محمود صبيح، المرجع السابق، ص 559.

<sup>126</sup> - LOQUIN Eric, « L'amiable composition... », Op cit, p 285.

<sup>127</sup> - BREDIN J-D, « l'amiable composition et le contrat », Rev-arb, 1984, spc, 266-267. FOUCHARD Ph & GUILLARD E & GOLDMAN B, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996, p 29/s.

## المطلب الأول: إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

إخضاع العقد لقانون الإرادة لا يزال الحالة السائدة فقهاً، وقضاءً، وتشريعاً، ويتعين قانون العقد بالإرادة الصريحة أو الضمنية، ويمكن للمتعاقدين إخضاع عقدهم لقانون دولة معينة، ويمكن للأطراف اختيار قانون يحكم العقد بجملته، واختيار قوانين أخرى تحكم بعض جوانبه، ولا يشترط لاختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق وجود صلة حقيقة بينه وبين موضوع العقد<sup>128</sup>، وهذا الاختيار ينص على القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع. وبالرغم من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن ذلك مقيد بعدم تعارضه مع النظام العام.

### الفرع الأول/ مضمون خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

بالنظر إلى خاصية العقود الدولية التي تخرج عن المجال التشريعي للدول، فإن أطراف العلاقة التعاقدية تجد نفسها أمام فراغ قانوني لأن عقدهم لا يخضع إلى قانون أية دولة لزوماً، عكس العقد الذي تكون جميع عناصره وطنية إذ لا يثير أي إشكال حول إبرامه أو تنفيذه باعتباره يخضع إلى سلطان قانون الدولة التي أبرم فيها والمنازعات الناجمة منه لاختصاص المحاكم الوطنية، بالرغم أن العقد يجب أن يخضع في إبرامه وشروطه وأثاره إلى قانون معين للأطراف إضافة اتفاقهم (شروط العقد) عليهم تحديد القانون الذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية، وهذا التحديد يكون باتفاقهم وهو الذي يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد قانوننا العقد "loi d'autonomie"<sup>(129)</sup>.

**أولاً/ أساس قانون الإرادة:** إن أساس قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية يمكن استنباطه من خلال الاتجاهات الفقهية التي قيلت في طريقة اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، إذ نجد اتجاهين تأثرت بهما التشريعات الداخلية للدول، فمن الدول التي أطلقت حرية أطراف العقد في تحديد قانون العقد الدولي (النظرية الشخصية) بالتالي يسمو اتفاق الأطراف على القانون باعتبار أن القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الاتفاق كما أن القانون المحدد جزء من العقد باعتبار أن أحكام هذا القانون اندمجت مع شروط العقد<sup>(130)</sup>، على العكس نجد دول أخرى تأثرت بالنظرية

<sup>128</sup> - وهو عكس ما يفرضه المشرع الجزائري في احكام المادة 18 من التقنين المدني ، ... أن يكون القانون المختص صلة حقيقة بالمتعاقدين أو العقد...

<sup>129</sup> - احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 157. وهذا ما اقره المشرع الجزائري في المادة 18 من الأمر 58-75، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم لاسيما بالقانون 10-05، ج ر عدد 44، 2005، بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه المادة خاصة في نقطة مدى تمتع أطراف العقد الدولي بالحرية في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي.

<sup>130</sup> - ما يمكن التطرق إليه في هذه النظرية أن أطراف العقد يمكن لهم استبعاد نصوص القانون المختار التي تجعل العقد باطل، لقد تبنت هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية في حكما الصادر في 1910، في ذلك انظر: هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 130.

الموضوعية التي تقيد حرية أطراف العقد الدولي (النظرية الموضوعية) فيجوز لأطراف العقد الدولي تحدي القانون الذي يحكم العقد لكن ليس بصفة تلقائية إذ تقتيد هذه الإرادة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بالعقد بمعنى وجود صلة أو علاقة بين القانون المختار والعقد<sup>(131)</sup>.

ثانيا/ شروط اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية: بالعودة إلى أحكام قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري، وخاصة نص المادة 18 منه التي تنص على: (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد....)، بالتالي يمكن القول أن المشرع يشترط لإعمال قانون الإرادة توافر الشروط التالية:

✓ أن يكون العقد دوليا: ويكون كذلك إذا تضمن عنصرا أجنبيا.

✓ التعبير على القانون واجب التطبيق على العقد الدولي: الأصل أن التعبير على الإرادة يكون في العقود الدولية التقليدية أو الالكترونية صريحا<sup>(132)</sup> وذلك باتخاذ احد الأشكال الكتابية التي ينص عليها القانون الداخلي<sup>(133)</sup>، وبالعودة إلى المادة 18 من التقنين المدني المشرع لم يحدد طريقة التعبير عن الإرادة أو الشكل الذي تتخذه ومن ثم يمكن القول أن المشرع اخذ بإحدى الحالتين في التعبير عن الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية (خاصة بالعودة إلى القواعد العامة المادة 60/2 ف2 من القانون المدني)<sup>(134)</sup>، كما أن اتفاقية روما أقرت أن التعبير عن الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمكن أن يكون صراحة أو استخلاصه من ظروف التعاقد، والتوجه نفسه نجده في اتفاقية فينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع<sup>(135)</sup>. كما يمكن أن يكون ضمنا من ظروف الواقع وملابساته<sup>(136)</sup>.

<sup>131</sup> - LOUIS – LUCAS Pierre, "Formation historique et principe du système français de solution des conflits de lois", Juris – classeur de droit international, tome 7, fasc 530-B Art3, 1990, p 08.

<sup>132</sup> BLANCO Dominique, Négocier et rédiger un contrat international, DUNOD, paris, 1993, p 153.

<sup>133</sup> - انظر المادة 60 من الأمر رقم 58/75، المرجع السابق

<sup>134</sup> - Le choix de la loi applicable au contrat peut être exprès et résulter d'une clause de choix de la loi, ou encore tacite et être révélé par les faits, les circonstances et les termes du contrat. Cabinets FONTANEAU, op,cit,p 4.

<sup>135</sup> - Art 3-1 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui stipule : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat », Aussi l'article 7 de la convention sur la vente internationale de marchandise qui stipule : « la vente est régie par la loi choisie par les parties, l'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties ... »

✓ وجود صلة حقيقية بين قانون الإرادة والمتعاقدين أو العقد: المشرع الجزائري قيد من حرية الأفراد في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي من خلال استعماله في المادة 18 السالفة الذكر لمصطلح (صلة حقيقية) إذ ألزم الأطراف أن يقوموا باختيار قانون له صلة حقيقية بهم أو بالعقد، عكس ما كان عليه الحال قبل تعديل المادة 18<sup>(137)</sup>، إذن حتى في مجال عقود البيع الالكترونية يجب على الأطراف تحديد القانون الذي له صلة حقيقية بهم (الأطراف مثلا الجنسية المشتركة) أو بالعقد.

## الفرع الثاني: نطاق قانون الإرادة

إن مجال تطبيق قانون الإرادة هو الالتزام التعاقدي بشكل عام، وذلك في حالة اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون واجب التطبيق سواء كان صراحة أو ضمنا، ويتم تطبيق القانون المختار على العقد من كافة نواحيه باستثناء الأهلية وشكل العقد، فالقانون الذي يتم تحديده يسري على الأركان العامة للعقد وشروط صحة إثباته والآثار المترتبة على هذا العقد، عكس ذلك أن الإرادة في العقود الداخلية مقيدة بالقواعد الآمرة خاصة كما أنها قاصرة على القواعد المكملة والمفسرة<sup>(138)</sup>. كما نجد أن قانون الإرادة يتم استبعاده في حالة مخالفة النظام العام للدولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع أو وجود غش نحو القانون الوطني للقاضي، كما أن هناك بعض عقود البيع الدولية التي يحدد فيها البائع جميع بنود العقد دون تدخل المشتري في ذلك (العقود النموذجية).

أن التصرفات الناتجة عن الإرادة تكون متعددة ومتنوعة في عقود التجارة الدولية، إذ أن الفقه والتشريع المقارن استقر على الأخذ بقانون الإرادة كقاعدة عامة في إطار القانون الواجب التطبيق وكافة الشروط الموضوعية المتعلقة بالعقد، فانعقاد العقد الدولي يتوافر على أركانه لينتج الآثار المرجوة منه بعد تحقق أركانه كافة<sup>(139)</sup>.

<sup>136</sup> - لأنها مسألة واقع تترك إلى تقدير محكمة الموضوع، إذ دلالة العقد مثلا على شرط مانح الاختصاص إلى دولة معينة قد يعني تطبيق قانون هذه الدولة... أكثر تفصيل في الإرادة الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية، انظر: الياس نصيف، المرجع السابق، ص 321.

<sup>137</sup> - قبل تعديل المادة 18 كانت تتيح أكثر حرية للأطراف، (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون آخر).

<sup>138</sup> - AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, (Etude comparative du droit Français et droit Jordanien), Thèse de doctorat en droit, option droit privé, Université Champagne Ardenne, Reims, 2007, p 69.

<sup>139</sup> - محمد فواز المطالفة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 144.

**أولا/ التراضي:** إن التراضي هو الأساس في أي عقد يتم إبرامه ويكون نتيجة لاتفاق إرادة طرفي العقد<sup>(140)</sup>، بالتالي تطابق الإيجاب والقبول في العقد الدولي يكون عن طريق التفاوض في مجلس العقد أو تبادل خطابات النوايا أو تبادل الرسائل الالكترونية، وهذا الأخير بالرغم من عدم تواجد أطراف العقد في مجلس واحد، لكي ينعقد العقد لابد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر، ولابد أن يقترن الإيجاب بالقبول ويرتبط بهذه المسائل، مسألة مكان وزمان اقتراحهما، والتي لها مكانتها الهامة والتميزة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية<sup>(141)</sup>.

وبالعودة إلى التشريع الجزائري نجد أنه في قواعد التنازع لم يتطرق للعقود الدولية وإنما ذكر بصفة عامة في نص المادة 18 موضوع الالتزامات التعاقدية في العقود الدولية، التي تقر باختصاص قانون الإرادة، ومن ثم كذلك تقابل الإيجاب والقبول يخضع لقانون الإرادة ماعدا أهلية الأطراف المتعاقدة إنما يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص<sup>(142)</sup>، على أساس أن توافر التراضي ركن أساسي لانعقاد العقد وبما أن الرضا يقوم على تصرفات الشخص فمن الأساسي أن يكون الشخص كامل الأهلية<sup>(143)</sup>.

**ثانيا/ محل وسبب التعاقد:** يطبق بشأنها قانون الإرادة بصفة عامة، ولكن مع بعض الاستثناءات التي يجب أخذها بعين الاعتبار، كما هو الشأن بالنسبة لمحل العقد، إذ أورد البعض استثناء فيما لو كان محله مالا أو عملا، فيقررون إخضاعه في الحالة الأولى لقانون موقع المال، وفي الحالة الثانية لقانون محل تنفيذ العمل، وأما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فيجب التفرقة بين العقود المتعلقة بالعقارات وتلك الواردة على المنقولات، فتخضع الأولى لقانون موقع العقار وفقا للاستثناء الوارد في المادة

<sup>140</sup> - حث القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " CNUDCI " الدول الأعضاء للاعتراف الصريح في قوانينها على قبول الوسائل الإلكترونية ( رسائل البيانات ) في التعبير عن الإرادة وتنظيمها، إذ نصت المادة 11 منه على أنه: " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين عقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض". وأضافت المادة 12 على أنه: " في العلاقة بين منشأ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات". وتطبيقا لذلك فقد اعترفت التشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمها لتضاف للصور التقليدية المعروفة.

<sup>141</sup> - أما موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة، فيظهر فيما جاءت به المادة 1/67 ق.م.ج التي جعلت التعاقد بين غائبين قائما في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، وهذا في حالة عدم اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ما نصت عليه هذه المادة، ولكن مثل هذا الموقف منتقد في حد ذاته كونه يثير صعوبة أخرى تتعلق بوجه الخصوص بتحديد زمان ومكان القبول.

142- انظر المادة 10 من الأمر 58/75، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر

143- في هذه الحالة يتم إخضاع أهلية الشخص في التصرفات القانونية إلى قانون الجنسية، غير أن المعاملات التي تكون لها توابع مالية إنما يتم إخضاعها إلى قانون مكان إبرام العقد، وهو ما قرره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 10، كما إن القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية ونظرا لصعوبة تحديد مكان إبرام عقد البيع الإلكتروني فقد حدد محل إبرام العقد بمقر منشئ رسالة كموطن انعقاد، بالتالي فالقانون الوطني لذلك الإقليم هو واجب التطبيق، في تفصيل ذلك راجع: محمد فواز المطالفة، المرجع السابق، ص 146.

2/18 ق.م.ج، وأما تلك التي يكون محلها أموالاً منقولة فتخضع لقانون الإرادة، وأما السبب فقد اتفق الفقه الراجح على إخضاعه لقانون العقد، ولكن مع مراعاة القيد المتعلق بالنظام العام.

**ثالثاً/ آثار العقد:** لا شك أنّ الهدف الأساسي من التعاقد هو تحقيق النتائج المنتظرة من ذلك وترتيب كلّ الآثار القانونية، لذا أصبح من الضروري إخضاعها لقانون الإرادة الذي يستجيب أكثر لمصلحة المتعاقدين، إلا أنّ هذا التسليم ترد عليه بعض الاستثناءات التي تخضع هذه الآثار لقانون آخر غير القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، وهذا ما سيتضح لنا من خلال الآثار المتعلقة بالنسبة للأشخاص. وكذلك النسبة للآثار المتعلقة بالموضوع.

#### • آثار العقد بالنسبة للأشخاص:

تخضع آثار العقد فيملاً يتعلق بالأشخاص إلى قانون العقد بصفة عامة، فهذا الأخير هو الذي يتولى تحديد من له الحق في الاستفادة من العقد، وكذا من يلزم به سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير، ومن ثمة يحدد هذا القانون مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص، وإلى المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير<sup>(144)</sup>، ولكن قد يستثنى فيما يتعلق بانصراف آثار العقد إلى الخلف العام كل المسائل التي تدخل في نطاق الميراث، حيث يسري عليها قانون الهالك وقت موته<sup>(145)</sup>.

• **آثار العقد بالنسبة للموضوع:** قلّما يتفق الأطراف في عقدهم على كافة الشروط والتفاصيل الخاصة بآثار العقد وتنفيذه وما يترتب عن عدم التنفيذ في العقود الدولية الالكترونية، مما يقتضي الرجوع إلى القانون المختص لتكملة النقص بواسطة أحكامه الآمرة والمكملة، ولكي يتوصل القاضي إلى تطبيق الأحكام القانونية المناسبة الواجبة التطبيق، يجب أولاً تفسير العقد الذي اختلفت بشأنه الأنظمة القانونية، ففي الدول التي تأخذ بالإرادة الباطنة كالنظام الفرنسي والأنجلوساكسوني والدول العربية، يجب البحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين<sup>(146)</sup>، وهذا على خلاف النظام الجرمانى الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة والتوقف عند الإرادة المصرح بها في العقد<sup>(147)</sup>.

<sup>144</sup> - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الثاني، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1991، ص 254.

<sup>145</sup> - وهذا ما تنص عليه المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري « يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته. ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الوهاب أو الواقف وقت إجرائهما ».

<sup>146</sup> - يظهر موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة في المادة 111 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

فيما يتعلق بتحديد نطاق العقد، أي بيان ما يولده من حقوق والتزامات سواء تم استخلاصه من نية المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وبعد تحديد كل هذه المسائل فقد يلزم المتعاقدين بتنفيذه.

فإذا كان الاتجاه الغالب يرى إخضاع مثل هذه الالتزامات لقانون العقد، إلا أنها تخضع في تنفيذها للقانون محل التنفيذ، الذي يتولى تحديد طريقة التنفيذ وكيفية، لأن التنفيذ كثيرا ما تحكمه قواعد تدخل ضمن دائرة تنظيم الأمن المدني وتخرج من نطاق العقد، وهذه الصفة تتمتع بالإقليمية وتسري على التنفيذ أيًا كان القانون الذي يحكم الالتزام الذي عينته الإرادة، كما هو الشأن في الأحكام الآمرة الخاصة بإجراءات التنفيذ أو الخاصة بالتقادم، فتطبق بالأولية في بلد التنفيذ ويجب احترامها ومراعاتها ولا يمكن تفاديها بالتذرع بأحكام القانون المتفق عليه، وهذه الأحكام إنما أصلا هي مقررة في العقود التقليدية لكن يمكن أن يتم إخضاع عقود التجارة الدولية إلى هذه الأحكام العامة ما دام أن العقد الدولي يكون نظري عند إبرامه ولكن حقيقي مادي عند تنفيذه ما دام هناك التزامات تعاقدية يجب الوفاء بها.

### المطلب الثاني/ حدود تطبيق قانون الإرادة

إن إمكانية تحديد أطراف العقد الدولي للقانون واجب التطبيق على العقد بحرية، بالإضافة إلى تحديد الالتزامات المتقابلة بين الطرفين قائم على مبدأ سلطان الإرادة، لا يعني أن الأطراف لهم كامل الحرية في ذلك إنما هذه الحرية تصطدم ببعض الاستثناءات التي أقرتها التشريعات الداخلية وكذا الاتفاقات الدولية<sup>(148)</sup>

أما إذا كان محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهانة، في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

<sup>147</sup> - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية...، مرجع سابق، ص 255.

<sup>148</sup> - في الحقيقة أن المادة 18 من القانون المدني الجزائري، اعترف بحق الأطراف في تحديد قانون ينظم العلاقة التعاقدية، لكن هذه الحرية مقيدة إلى أبعد الحدود لأن الأطراف عند تحديدهم لقانون العقد يجب أن يكون هذا القانون له صلة حقيقة بالعقد أو بالمتعاقدين وإلا القاضي يقوم باستبعاد القانون ومن ثم تطبيق القانون الجزائري (الحل الذي أقرته المادة 24 من قواعد التنازع الجزائرية)، بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: المبادئ العامة لتنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 307.

غير أنه إذا غابت الصلة الحقيقية يتم اللجوء إلى الحلول الاحتياطية الوارد في الفقرات الأخرى التي تحيل الاختصاص إلى قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد (والحل الأخير مستبعد باعتبار أن العقود الالكترونية ليس لها مكان محدد ومجلس واحد)، يتضح من ذلك أنه يتم اللجوء إلى الحلول الاحتياطية في حالة غياب قانون الإرادة وهو حل منطقي وعملي لكن ليس من المنطقي في حالة استبعاد القاضي الجزائري لقانون الإرادة لغياب صلة حقيقية بينه والمتعاقدين أو مع العقد أن يلتزم بتطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون مكان إبرام العقد، إذ هو ملزم بتطبيق قانون غير القانون الذي استبعد به قانون الإرادة، في تفصيل ذلك راجع: بلمهوب عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة في الملتقى الوطني حول موضوع الحرية التعاقدية، جامعة اغواط، كلية الحقوق، 2007، ص 7. كما أن اتفاقية روما لعام 1980 في مادتها الرابعة فقرة أولى أقرت في الحالات التي لا يتم فيها الاتفاق على القانون الذي يحكم العقد يسري على العقد القانون الذي يكون أكثر ارتباطا بالعقد، في ذلك انظر:

## الفرع الأول/ استبعاد قانون الإرادة لمخالفته النظام العام أو لغش نحو قانون

القاضي<sup>(149)</sup>: من أهم القيود التي تواجه القانون المختار هي فكرة النظام العام، وهذه الفكرة وإن كانت غير متعارضة مع مبدأ حرية أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، إلا أنه يمكن في بعض الحالات أن تؤدي إلى إهدار إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق<sup>(150)</sup>. أن فكرة النظام العام وفقا للقانون الداخلي تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة حسب الاتفاقات التي تبرم وفقا للمادة 106 ق. م. ج وإخضاعها للقيود التي جاءت بها المادتان 96 و 97 من القانون السالف الذكر<sup>(151)</sup> وأما في إطار تنازع القوانين فيقتصر النظام العام على استبعاد القانون المختار كما هو الشأن في المادة 24 ق. م. ج التي تنص على أنه:

«لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, op cit, p 70.

<sup>149</sup> - تعتبر فكرة النظام العام فكرة قديمة عرفها الفقه منذ بداية ظهور ما يسمى بتنازع القوانين، ومن ذلك الحين صاحبها عدة تطورات إلى أن استقرت في التشريعات الحديثة، وأصبح دورها في مجال القانون الدولي الخاص هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي متى توفرت شروط أعمال هذه الفكرة، لم يكن النظام العام في بداية ظهور نظرية تنازع القوانين أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، بل كان أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي كما هو الشأن لدى الفقه الإيطالي القديم، وهذا عندما فرق الفقيه الإيطالي BARTOLE في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة، فجعل الأحوال الأولى هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب، فتطبق عليه ولو غادر الإقليم، وأما الأحوال البغيضة فهي تلك القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود البلد الذي أصدرها ومن هذا التقسيم يعتبر هذا الفقيه أول من وضع البذور الأولى لفكرة النظام العام، وإن كان مفهوم يختلف عما عليه الشأن حاليا كون النزاع آنذاك لم يكن تنازعا دوليا وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة كما أشار إلى فكرة النظام العام الفقيه الإيطالي MANCINI فبعد أن وسع مبدأ الممثل في شخصية القوانين، وما ينتج عنه من فسخ المجال لكل القوانين الشخصية التي تجد مجال تطبيقها في إيطاليا، ولكن يمكن أن تستبعد في حالة ما إذا كانت تتعارض مع النظام العام كما جعل هذا الفقيه فكرة النظام العام تشمل بعض القوانين ذات التطبيق الإقليمي كما هو الشأن مثلاً في القوانين الجزائية وقوانين البوليس وقوانين الشهر العقاري... الخ. كل هذه القوانين ذات الصلة المباشرة مع الإقليم الوطني، تكون واجبة التطبيق بغض النظر عن القانون الذي اختارته إرادة الأطراف، كونها لا تقبل المزاومة من القوانين الأجنبية. وهذا ما يبين أن النظام العام وفقا لهذا الاتجاه لم يأخذ بعد دوره الحقيقي. ولكن الأمر يختلف نوعا ما عند الفقيه الألماني سافيني Savigny، الذي جعل من النظام العام أداة لاستبعاد القانون الأجنبي، وهذا من خلال تعرضه لفكرة الاشتراك القانوني والتي يقصد بها أن فكرة الاشتراك في المدينة والثقافة الروحية أو القانونية ترتكز على القانون الروماني من جهة، وعلى المسيحية من جهة أخرى، فأي شخص من طبقة معينة لا يستطيع أن يتفاهم مع أشخاص من طبقة مختلفة عن طبقته، لأن المناقشة المفهومة لا يمكن أن تقوم إلا بين شخصين يفهمان بعضهما البعض بلغة مشتركة، وهذا ما ينطبق على القاضي، فهو لا يستطيع تطبيق قوانين بلد لا تتفق مع قوانين دولته، ولا في الفكرة القانونية ولا في روح المدينة، في تفصيل عنصر النظام العام انظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 156 وهشام علي صادق، المرجع السابق، ص 156.

<sup>150</sup> - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 326.

151- تنص المادة 96 من الأمر رقم 58/75، السالف الذكر على أنه: «إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام، أو الآداب كان العقد باطلاً». كما تنص المادة 97 من القانون نفسه على أنه: «إذا كان التزام المتعاقد بسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً».

### يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة».

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أنّ المشرع الجزائري أخذ بفكرة النظام العام بمفهومها الحديث، المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي حماية لبعض القواعد القانونية الآمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العامة، وكذا بعض المصالح الخاصة التي نظمها المشرع تنظيماً آمراً.

بالتالي، في العقود الدولية يحد النظام العام<sup>(152)</sup> من تطبيق قانون الإرادة إذا كان مخالفاً له ويظهر ذلك خاصة في عنصري الأهلية وشكل التصرفات القانونية بالإضافة إلى عنصر حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إذ يلجأ القاضي إلى تطبيق قواعد قانون ضرورة التطبيق لما لها من حماية لأطراف العقد.

-بالنسبة لعنصر الأهلية فإن العلاقات التعاقدية في مجال العقود الدولية يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص وذلك لما تقرر من حماية خاصة بالنسبة للتصرفات الصادرة من ناقص الأهلية أو فاقدها.

أما بالنسبة لعنصر الشكل الذي يتخذه العقد الدولي، فنجد أن شكل العقد يمكن أن يخضع إلى قانون الإرادة (القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية)، لكن باعتبار أن الأصل في شكل العقود الدولية إنما يخضع إلى قانون محل الإبرام (قاعدة *locus regit actum*)، بينما وبالنظر إلى الطابع الاستثنائي للعقود الالكترونية التي ليس لها تركيز مكاني محدد يصعب تطبيق قاعدة قانون المحل، لكن هذه القاعدة إنما أصبحت تتطور باتجاه اعتماد دول موطن أحد المتعاقدين<sup>(153)</sup>، كما أن اتفاقية روما أقرت بأن العقد الدولي صحيحاً من حيث شكله إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن أحد المتعاقدين.

### الفرع الثاني/ استبعاد قانون الإرادة لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري: يتم إعمال

<sup>152</sup> - Une autre limite à l'application de la loi désignée par les parties ou par les critères subsidiaires de rattachement concerne l'ordre public. L'article 6 de la Convention de La Haye prévoit expressément que « l'application de la loi déterminée par la présente convention peut être écartée pour un motif d'ordre public ». Selon la doctrine, on peut assimiler le « motif d'ordre public » prévu dans la convention aux dispositions impératives ou lois de police. Aux termes de l'article 6, le juge est toujours libre d'appliquer une loi de police du for au détriment éventuel de la loi du contrat, Voir, **Camille formont**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire, DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris 2, paris, 2001, p 24.

<sup>153</sup> - أحسن المشرع الجزائري عملاً لمواكبة تطور العقود الدولية من خلال إقراره في نص المادة 19 من القانون المدني من خلال إقراره على تطبيق قانون الموطن المشترك أو القانون المشترك لأطراف العقد.

القواعد ذات التطبيق الضروري مباشرة دون استشارة قواعد التنازع<sup>154</sup>، فللقاضي السلطة الكاملة في استبعاد القانون الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك، وهذا عن طريق ما يقوم به من تحليل القواعد التي ينتمي إليها لغرض استخلاص أهدافها والبحث عن مدى إرادتها في التطبيق، فإن تبين له ذلك فيقوم بتطبيقها<sup>(155)</sup>، لذلك أصبح أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون الذي أشارت إليه الإرادة لم يعد محل جدال كلما كانت هذه المخالفة تمس القواعد الآمرة في دولة القاضي، سواء تلك التي تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة، أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. إذا ما رجعنا إلى القانون الجزائري، نجد هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، كتلك الواردة في قانون المنافسة، حيث تعد أحكامه أمرة باعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، لذلك تقتضي الضرورة استبعاد كل التصرفات التي يمكن أن تمس المنافسة النزيهة، وهذا ما يفهم من المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

<sup>154</sup> - L'article 7 de la Convention de Rome prévoit que le juge doit appliquer les lois de police du for et les lois de police étrangères au détriment éventuel de la loi désignée par les parties ou par les critères subsidiaires de rattachement<sup>91</sup>. Or, il est constant que les règles de protection des consommateurs sont généralement présentées comme des dispositions impératives. Faut-il en déduire que les règles de protection des consommateurs pourront aussi être appliquées par le juge sur le fondement de l'article 7 de la convention, avec cet avantage que l'article 7 ne pose pas de condition d'application dans l'espace (telle que la publicité préalable dans le pays du consommateur)? La première chambre civile de la Cour de Cassation a rendu le 19 octobre 1999 une décision dans une espèce à laquelle la Convention de Rome n'était pas applicable. Si la solution devait être confirmée dans une espèce soumise à la convention, elle répondrait à notre question dans un sens inquiétant pour l'avenir du commerce électronique<sup>92</sup>. La Haute Juridiction a jugé que :

« après avoir énoncé que les conditions d'application de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 n'étaient pas réunies, l'arrêt attaqué retient que les dispositions de l'article 7 de la convention ne concernent que les seules lois de police et non les lois protégeant les consommateurs visés par l'article 5 précité et qu'il résulte de la distinction même établie par les articles 5 et 7 que cette convention ne range pas parmi les lois de police les lois destinées à la protection des consommateurs, telles que la loi du 10 janvier 1978 ; (...) en statuant ainsi alors que la convention de Rome du 19 juin 1980 n'étant pas encore en vigueur, la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

La difficulté pour les acteurs du commerce électronique reste évidemment l'absence d'harmonisation entre les pays et l'impossibilité de s'assurer à l'avance la conformité de leurs contrats et conditions générales de vente aux règles "super impératives" des divers systèmes juridiques nationaux. C'est la raison pour laquelle il vaut mieux opter pour une vision communautaire des choses assurant une prévisibilité efficace des normes applicables en matière de protection des consommateurs. Voir **Camille forment**, op cit, p 37.

<sup>155</sup> - أكد كل من الفقه والقضاء، بأنه يمكن للقاضي البحث عن الإرادة الصريحة للمشرع إذا أراد تطبيق القاعدة القانونية تطبيقاً مباشراً على النزاع إن كان هناك نص صريح، وإن لم يرد مثل هذا النص، يجب البحث عن الإرادة الضمنية للمشرع فيما يقصده من هذه القاعدة. راجع: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 314.

## المحور السابع: تسوية نزاعات عقود التجارة الدولية

تختلف طرق تسوية نزاعات عقود التجارة الدولية باختلاف حدة النزاع ومضمونه، فالبعض منها يتولد من جراء مدى مطابقة التوريدات والأداءات المالية المتفق عليها والأوصاف وبنود العقد، وقد جرت العادة في المؤسسات التجارية الكبرى التي تقوم بإبرام العقود الدولية ذات القيمة المالية العالية بتضمين عقودها بشرط اللجوء إلى تسوية النزاعات بعيدا عن الهيئات القضائية الوطنية، وذلك تجنباً لما تثيرها الأنظمة القضائية الداخلية إلى جانب تفادي إشكالية تنازع القوانين وذلك بالتحديد في العقد القانون واجب التطبيق على النزاع، لهذا يعتمد المتعاقدون الدوليون إلى محاولة الصلح والتفاوض بمعنى إجراء نوع من التسوية الودية للنزاع، قبل الإقدام على اتخاذ أي إجراءات أخرى واللجوء إلى طرق التسوية الأكثر استعمالاً وتطبيقاً في مجال العقود التجارية الدولية، وهي التسوية القضائية عن طريق عرض النزاع على المحاكم الوطنية لأحد المتعاقدين، أو اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي أمام هيئات دولية لها اختصاص الفصل في نزاعات عقود التجارة الدولية، ولعل اللجوء إلى أسلوب التحكيم كان من شأنه تشجيع الشركات الأجنبية في مجال الاستثمار للتعامل مع شركات ودول العالم الثالث وذلك باللجوء للتحكيم كضمان لهم<sup>(156)</sup>، وتعتبر الجزائر من الدول التي عملت على تجسيد بند التحكيم في مختلف عقود التجارة الدولية التي أبرمتها أو التي أبرمت من الشركات الجزائرية خاصة في الفترة الأخيرة.

### المبحث الأول: التسوية الودية لنزاعات عقود التجارة الدولية

يمكن للأطراف المتعاقدة في إطار عقود التجارة الدولية اختيار تحديد الإجراءات التي يتبعونها من أجل تسوية نزاعاتهم، وذلك لأول وهلة لإبرام العقد والتي تتجلى في مرحلة المفاوضات على موضوع العقد، إذ على المفاوض عند إبرام أي عقد دولي محاولة تفادي جميع الأسباب المؤدية إلى النزاعات من خلال الاجتهاد في وضع نصوص متوازنة ومتكاملة تترجم من خلالها إرادة الأطراف بأسلوب واضح ودقيق، وفي سبيل الاستمرار في العلاقات التجارية الدولية والحفاظ على المراكز القانونية للأطراف وكذلك لما توفره من أمان وتوفير للجهد والمصاريف التي قد يخسرها الأطراف عند إتيانهم لطرق مغايرة لحل النزاعات، فهم يلجؤون إلى التسوية الودية ممثلة في أسلوب التفاوض والتوفيق إلى جانب الاستعانة بأسلوب الخبرة وذلك في بعض الحالات التي تستوجب الاستعانة بخبراء، وعلى هذا الأساس فالوسائل الودية لفض نزاعات الثمن في عقود التجارة الدولية تتمثل على التوالي في المفاوضات، الصلح أو التوفيق، الوساطة وأخيراً الخبرة، وهذه الوسائل الودية في حل النزاعات أدرج الفقه على تسميتها ببداية التحكيم.

<sup>156</sup> -AUDIT Bernard, «Jurisprudence arbitrale et droit de développement», In S/dir CASSAN Hervé, Contrats internationaux et pays en développement, Editions ECONOMICA, Paris, 1989, p 115.

## المطلب الأول: المفاوضات لحل نزاع عقود التجارة الدولية

تتجلى أهمية هذه الوسيلة في أنها تجنب الأطراف اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الوطني، ومن خلالها يقوم الأطراف بمناقشة الظروف التي أدت إلى وقف تنفيذ والبحث عن إمكانية إعادة تنفيذ العقد وفقا للمعطيات الجديدة.

**الفرع الأول: مفهوم المفاوضات:** يتفق الأطراف المتعاقدة في العقد التجاري الدولي على الوفاء بقيمة العقد عند حلول أجله، وذلك وفق الشروط المدرجة في العقد، إلا أن هذه الأخيرة قد تتعرض إلى بعض الاضطرابات التي من شأنها أن تؤدي إلى عدم الدفع أو التأخر في دفع الثمن، وهذا ما يدفع بالأطراف إلى التوقف عن تنفيذ ما تبقى من العقد، وعلى هذا الأساس يتم اللجوء إلى وسيلة ودية لتسوية هذا النزاع وذلك بإعادة تنظيم العقد من جديد وفقا للظروف والمستجدات وهذا عن طريق التفاوض<sup>157</sup>، وكثيرا ما ينتهي الخلاف بين الأطراف بمجرد التفاوض، فالأطراف عن طريق المفاوضات قد يجتنبون اللجوء إلى القضاء بل وإلى بعض وسائل تسوية المنازعات الأخرى كالتحكيم، مما يوفر كثيرا من الوقت والجهد والنفقات فالمفاوضات تعتبر وسيلة أساسية ومهمة لعملية حسم النزاعات وبطريقة ودية<sup>(158)</sup>.

وتعرف المفاوضات على أنها وسيلة حوار بغرض الإقناع، فهي جزء مهم من العمل القانوني لاستمرار تنفيذ العقود الدولية، وتتجلى أهمية هذه الوسيلة في أنها تجنب الأطراف اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الوطني، ومن خلالها يقوم الأطراف بمناقشة الظروف التي أدت إلى وقف تنفيذ العقد عامة وسبب عدم أو التأخر في الدفع خاصة، وذلك بتبادل الاقتراحات في ظروف حسنة بين المتفاوضين والتي يجب أن تكون جدية وعادلة، إذ يقوم بمقتضاها كل طرف بتقديم ما في وسعه من اقتراحات لتسهيل تنفيذ الطرف الآخر كما يمكن للأطراف الاستعانة بخبراء وتقنيين أثناء المفاوضة وذلك من أجل الوصول إلى حل عادل بشأن الإشكال المطروح يرضي الطرفين.

## الفرع الثاني: أهمية المفاوضات في حل نزاعات عقود التجارة الدولية: قد تتعدى

المفاوضات إلى درجة العمل بها من طرف الدول في صفاقاتها الدولية في إطار التجارة الدولية، والاستعانة بهذا الأسلوب لمراجعة العقد أو إنقاص احكامه خاصة في عمليات الاستيراد والتصدير وذلك لسبب الزيادة

<sup>157</sup> -ROUSSOS Alexia, « la résolution des différends », Revue lex Electronica, vol 06, n°01, Québec, printemps 2000, p 05, In <http://www.lex-electronica.org>.

<sup>158</sup> - محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية: دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها (القانون المصري، القانون المقارن، الأعراف الدولية)، دون دار نشر، القاهرة، 2000، ص 270، انظر في ذلك المادة 19 من العقد المبرم بين الشركة الجزائرية CEVITAL والشركة الفرنسية ASTRON،

في قيمة الضرائب الجمركية على السلع والخدمات المستوردة، ولذلك تكون المفاوضات ملزمة لأطرافها خاصة إذا تمت تحت رعاية إحدى الأجهزة الدولية كغرفة التجارة الدولية أو جهاز تسوية النزاعات على مستوى المنظمة العالمية للتجارة<sup>(159)</sup>.

إذن فالمفاوضات هي طريقة ودية لفض النزاعات بين الأطراف المتعاقدة، ومن شأنها أن تؤدي إلى تكملة تنفيذ العقد وفقا للشروط الجديدة (وفقا لمحضر المفاوضات مصادق عليه من الطرفين) في حالة نجاح المفاوضات وقبول الأطراف للنتائج، لكن قد لا يصل إلى إيجاد حل عن طريق المفاوضات وهذا نظرا لاحتباس وتمسك كل طرف بالاقتراعات التي قدمها وذلك حفاظا على سمعته ومركزه القانوني في التجارة الدولية، وهذا ما يؤدي بالأطراف إلى انتهاج أساليب ودية أخرى أو رفع نزاعهم إلى المحاكم التحكيمية الدولية أو القضاء الوطني أو فسخ العقد وهو الحل الأخير والأسوأ.

### المطلب الثاني: الصلح والتوفيق لحل نزاعات عقود التجارة الدولية

يعتبر الصلح والتوفيق من بين الأساليب الودية التي يلجأ إليها المتدخلون في مجال إبرام عقود التجارة الدولية من أجل فض خلافاتهم

**الفرع الأول: مضمون الصلح والتوفيق:** إن تنظيم الصلح أو التوفيق في مجال عقود التجارة الدولية تضع على عاتق الأطراف صياغة نصوصها في شروط عقدية بكل عناية، إذ لا يكفي الاقتصار على تحديد حلول رضائية لنزاعاتهم بل لابد من وضع الأشكال بوضوح لهذا الصلح أو التوفيق الملزم لأي نزاع احتمالي<sup>(160)</sup>، وبهذا الصدد فالأطراف تجتهد في وضع حلول عديدة لهذا الغرض كتحديد مدة الصلح ومدى إلزامه للأطراف، أما بالنسبة لكيفية الصلح والتوفيق بالأطراف فإنه يتم بتلاقي الأطراف في أقرب وقت ممكن عند نشوب النزاع لأنه يهدف إلى الحد من الخلاف عن طرق إبرام صلح للأطراف دون اللجوء إلى أي إجراء، ويكون الهدف كذلك منهما التسوية المرضية للطرفين معا.

بالنسبة لإجراء الصلح والتوفيق يكون عادة بلجوء الأطراف المتعاقدة إلى التفاوض وذلك بالمناقشة وتبادل الاقتراحات بغية إعادة تنظيم العقد، إذا ما واجهت تنفيذه صعوبات خارجة عن إرادتهم وأدت إلى

<sup>159</sup> -انظر في ذلك:

Organisation Mondiale du Commerce, Règlement des différends (ROUMANIE – Mesures concernant les prix minimaux à l'importation), Affaire DS n°198, 20-10-2001, in [www.wpo.org/french/tratop\\_f/disput](http://www.wpo.org/french/tratop_f/disput)

<sup>160</sup> - هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والانجلوساكسونية والعربية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 179.

اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فهذا الأسلوب الودي يمر بمرحلتين أساسيتين هما، أولاً تبادل الوثائق الخاصة بمضمون العقد بين الأطراف المتعاقدة حول الأسباب والظروف التي أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، ثم تقديم وجهات النظر والاقتراحات حول إعادة تنفيذ بنود العقد، وغالباً ما يضم إجراء الصلح والتوفيق أشخاص آخرين غير الذين ساهموا في تنفيذ العقد، ثم تأتي المرحلة الثانية والتي تتمثل في التفاوض بحسن النية وبنزاهة وجدية بين أطراف العقد وذلك للوصول إلى اتفاق حول إعادة تنفيذ الصفقة<sup>(161)</sup>.

ويعتبر التوفيق أو الصلح إجراء إجباري للأطراف إذا تم النص عليه في العقد وذلك بالتفاوض خلال مدة محددة بينهم قبل أي إجراء آخر لحل الخلاف، وهذا ما تم الإعمال به في العقد المبرم بين الشركة الجزائري والفرنسية، وهذا وفقاً للإجراءات المتبعة أمام غرفة التجارة الدولية CCI فيما يخص الصلح أو التوفيق<sup>(162)</sup>.

إذن فالصلح أو التوفيق حول نزاع عقود التجارة الدولية قد يكون فقط بين أطراف العقد كما يمكن لهم الاستعانة بالغير وخاصة إذا تم النص عليه في العقد، غير أنه على الأطراف في حالة تعيين شخص ثالث يقوم بمهمة الصلح أو التوفيق بينهم أن يقبل بالمهمة والقيام بها على أحسن وجه، أو أن تتم إحالة الاختيار إلى جهاز أو سلطة يتم ذكرها في العقد كغرفة التجارة الدولية، لكن في هذه الحالة يجب ضمان قبول هذه المهمة وقت إبرام العقد<sup>163</sup>.

### الفرع الثاني: تطبيقات الصلح والتوفيق في حل نزاعات عقود التجارة الدولية/ تعتبر

غرفة التجارة الدولية من الجهات التي يتم اللجوء إليها في عمليات الصلح أو التوفيق، إلا أن الإجراءات المتبعة أمام هذا الجهاز فيما يخص الصلح أو التوفيق طويلة بسبب طريقة تشكيل اللجان، وأعضائها الذين يكونون من المختصين في المشاكل الفنية التي هي محل الخلافات العقدية وخاصة إذا ما تعلق الأمر بالاداءات النقدية أو ضمان العيوب الخفية لمحل التعاقد.

<sup>161</sup> - انظر في ذلك:

DE LACOLLETE Jean, Les contrats de commerce internationaux, Editions DE BOECK, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, 1992, p 148.

<sup>162</sup> - في حالة نشوب خلاف حول موضوع العقد أو تنفيذه، وجب على الأطراف تسوية الخلاف عن طريق التفاوض وذلك خلال مدة قدرها 30 يوماً وفي حالة عدم جدوى المفاوضات يتم اللجوء إلى الصلح، راجع في ذلك المادة 19 من عقد Cevital, Astron.

<sup>163</sup> - وهذا ما تم العمل به في غرفة التجارة الدولية في النزاع القائم بين شركة رومانية مدعية والشركة الفرنسية مدعى عليها، واللذان نصتا في العقد الذي محله شراء آلات ميكانيكية على إجراء الصلح من قبل غرفة التجارة الدولية بباريس، بسبب عدم قيام الشركة الفرنسية بأداء الثمن كاملاً وتأخرها عن دفع باقي الثمن لبعض الآلات نتيجة عدم مطابقتها للمواصفات

وأخيرا على الأطراف كذلك عند صياغة العقود الدولية الاهتمام في صياغة الشروط العقدية مما يكفل إيراد بعض القواعد المتعلقة بالإجراءات، لغرض إنجاح عملية الصلح أو التوفيق بينهم حيث يكون من المفيد الاشتراط أن تكون عملية الصلح وجاهية، لأنها ستحمل حولا أفضل علما أنها لا تحمل بأي حال من الأحوال الصفة الإلزامية، إذ يحق لكل طرف رفض عرض الصلح المقدم إليه من أجل حمل طلبه أمام الهيئات القضائية التحكيمية.

ولقد دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 9 ديسمبر 1980 في توصية إلى انتهاج أسلوب الصلح أو التوفيق على صعيد الأعمال التجارية الدولية وتفضيله عن باقي الوسائل الخاصة بفض النزاعات، كما أن الصلح أو التوفيق تم إقرارهم والعمل بهم من قبل البنك العالمي للإنشاء والتعمير (BIRD) وذلك في الاتفاقية المتعلقة بفض النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول.

### المطلب الثالث: الوساطة في حل نزاعات عقود التجارة الدولية

تعتبر الوساطة من الأساليب الودية التي يلجأ إليها المتعاقدون في مجال عقود التجارة الدولية.

**الفرع الأول: مفهوم الوساطة/ تعتبر الوساطة من الوسائل الودية لحل النزاعات التي تنشأ عن عنصر الثمن أو العناصر الأخرى في عقود التجارة الدولية، وهي تقترب من حيث المفهوم إلى أسلوب الصلح أو التوفيق إلا أنها تختلف عنه في بعض النقاط، لكن قبل ذلك يجب تعريف الوساطة وكيفية سيرها لحل النزاع بين أطراف العقد الدولي.**

الوساطة هي اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة حول بنود العقد التجاري الدولي لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق يجنبهم كثيرا من الوقت والنفقات إذا ما لجئوا إلى الوسائل القضائية لحل النزاع، ففي حالة وجود خلاف حول عناصر العقد جاز للأطراف الاستعانة بطرف ثالث من الغير يتوسط بينهم لحل الخلاف، وذلك بتقريب وجهات النظر والاقتراحات واقتراح حل للنزاع، وإن الفكرة من وراء نظام الوساطة تكمن في تمكين الأطراف من الحديث إلى بعضهم البعض بطريقة تهدف إلى حل المشكلات التي تنشأ وإزالة سوء الفهم حول النقاط التي ثارت بينهم وتحديد مهلة للوفاء بالالتزامات وفقا لتحليله الموضوعي ويترك التنفيذ للأطراف أو القاضي الذي ينظر في النزاع.

## الفرع الثاني: خصائص الوساطة

وتتميز الوساطة بالعديد من الخصائص التي يمكن للأطراف الاستعانة بها، إذ تقوم بين الأطراف دون المساس بأي إجراء من الإجراءات القضائية المتخذة للفصل في النزاع، كما أنها:

1- تكفل قدرا من الخصوصية والسرية أثناء تسوية الخلاف أخذا بعين الاعتبار سمعة الأطراف المتنازعة في التجارة الدولية، فالسرية تعتبر ضمانا للأطراف، إذ الوسيط يعمل على حفظ السرية وعدم تسرب كل ما يتعلق بالمنازعة، وهذا فضلا عن حياده التام وتخويله سلطة تسوية النزاع من الأطراف.

2- توفر الوساطة للأطراف النفقات والجهد أكثر من التي قد يصرفونها في حالة أيلولة النزاع إلى القضاء، خاصة في عقود الأشغال الدولية أو عقود نقل المعرفة الفنية ونقل التكنولوجيا، وكذلك بالنظر إلى القيمة النقدية الكبيرة التي تكون محل المنازعة لاستحقاقها أو التأخر في دفعها مع التعويض على التأخر.

3- الوساطة أسلوب اختياري للأطراف، إذ يمكنهم اللجوء إليها أو النص عليها في العقد للحيلولة دون اللجوء إلى القضاء، فالقرارات التي يتخذها الوسيط غير ملزمة للأطراف المتنازعة.

فالوساطة إذن تساعد على إبراز الأسباب المباشرة التي أدت إلى الخلاف وإيجاد حلول ودية وعادلة للأطراف، وكما تم ذكره أعلاه أن الوساطة تقترب من الصلح أو التوفيق في بعض النقاط، هي كون أن قرار الصلح و الوساطة ليس إلزامي للأطراف المتنازعة، كما أن سير الوساطة والصلح يكون فيها نوع من التعاون والتفاهم بين الأطراف المتنازعة لحل النزاع، وهذا ما يميزها عن القرار الصادر من المحاكم التحكيمية الذي له صفة الإلزامية، بينما يختلفان من حيث أن الصلح أو التوفيق لا يستوجب شخص ثالث خارج الأطراف المتنازعة كون الصلح يتم بينهم فقط، أما الوساطة تستوجب حضور والاستعانة بغير المتنازعين وله أن يصدر قرارا في الأخير وللأطراف قبوله أو رفضه.

يعتبر اتفاق الأطراف في العقد على اللجوء إلى الوساطة لحل النزاع إجراء إلزامي قبل اللجوء إلى أي وسيلة غير الوساطة كالتحكيم مثلا، وفي هذه الحالة على المحكم الذي عرض عليه النزاع أن يقر بعدم اختصاصه وذلك أخذا بعين الاعتبار الإجراء الأولي والمتمثل في الوساطة، وفي حالة عدم جدواها لحل النزاع جاز للأطراف عرض نزاعهم على جهات أخرى، وهذا احتراما لإرادة الأطراف وعملا بمبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية.

## الفرع الثالث: سير الوساطة/ أما فيما يخص سير الوساطة فإنها تعتمد على الاتفاق بين

الأطراف والوسيط، وذلك بتبيان الأمور العملية لسير عملية الوساطة كالتاريخ والوقت والمكان والتعريف بالشخص الوسيط الذي يقوم بالعملية إلى جانب تحديد تكاليفها، وتبيان الإطار القانوني الذي يحكم

عملية الوساطة كالقانون واجب التطبيق على الاتفاق والمسائل القانونية العملية محل الخلاف، ولعل هذا الاتفاق هو الذي يحدد كل الجوانب العملية، والجدير بالذكر أن السرية في هذه الحالة واجبة وإن يتعهد الأطراف في حالة الاتفاق أن يحفظوا الوساطة وإجراءاتها في إطار من السرية والكرامات.

وفي نفس الإطار في حالة تدهور العلاقة التعاقدية بين الأطراف إلى درجة أن الوسيط لم يصل إلى حل عادل بين الأطراف خاصة عندما يتعلق الأمر بنزاع فني وتقني، فهنا الأمر يستدعي اللجوء إلى وسيلة أكثر فعالية لحل النزاع وهي الاعتماد على الخبرة.

**المطلب الرابع: الخبرة في حل نزاع العقد التجاري الدولي:** يمكن اتخاذ الخبرة الفنية كوسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الدولية، وهي من قبيل الوسائل الودية التي يلجأ إليها المتعاقدين الدوليين وخاصة في مجال عقود نقل المعرفة الفنية وعقود إنشاء المجمعات الصناعية<sup>(164)</sup>.

**الفرع الأول: دواعي أعمال الخبرة لحل نزاعات عقود التجارة الدولية/ تعتبر الخبرة من الوسائل المستحدثة في مجال حل المنازعات والسبب الأساسي الذي يبرر اللجوء إلى هذه الوسيلة، هو التعقيد الفني والتقني المتزايد للعمليات التي تتم في إطار التجارة الدولية<sup>(165)</sup>، وخاصة إذا تعلق الأمر بنزاعات تحديد قيمة وتكلفة الأعمال والتوريدات ومن ثم تحديد الثمن وفقا لمعطيات موضوعية محاسبية، لهذا يلجأ الأطراف في العقد الدولي إلى وسيلة الخبرة نظرا لتعقيد العمليات تقوم عليها العلاقات التعاقدية، إذ تسمح لهم تقدير ومعرفة السبب الحقيقي لخلافهم مع تقدير فرص النجاح، كما أن الاستعانة بخبير من شأنه الإجابة على العديد من الإشكالات التي يثيرها خاصة تنفيذ العقد وإعطاء لها حلا.**

**الفرع الثاني: سير الخبرة/ بالنسبة لكيفية سير عملية الخبرة في فض النزاع، فهنا لا يستوجب إن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى خبير عبر منظمة أو جهاز دولي أو أن يتم ذلك بمحض إرادتهم وذلك بالاتصال المباشر بخبير معروف على المستوى الدولي يتفق عليه الطرفين لفض النزاع<sup>(166)</sup>، بالتالي فالتسوية الودية عن طريق الخبير في حالة الطلب من جهاز معين-كغرفة التجارة الدولية- تخضع لإجراءات تعيين الخبراء وذلك بشكل سريع وميسور، وهي تسمح كذلك للأطراف بتعيين خبراءهم مباشرة إذا اتفقوا على**

<sup>164</sup> - هشام خالد، المرجع السابق، ص 95.

<sup>165</sup> - بوجمعة سعدي نصيرة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 388.

<sup>166</sup> - حداد حمزة، "اتفاق التحكيم (في التحكيم التجاري الدولي"، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجاري الدولي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، مركز القانون والتحكيم & Arbitration Center Law ، في [www.lac.com.jo](http://www.lac.com.jo)، القاهرة، 2000-01-28، ص 14.

ذلك، أو العكس أن يتم تعيينهم من قبل المنظمة أو الجهاز الدولي، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من نظام الخبرة الفنية لغرفة التجارة الدولية.

فلاستعانة بخبير لفض نزاع العقد الدولي سيؤدي لا محالة إلى محاولة البحث الواقعي والفعلي عن التقدير الفني لبعض الوقائع المتعلقة بالعنصر محل الخلاف، بالإضافة إلى تحديد المصدر الذي يتركز فيه العيب، وقد يكون ذلك الأمر كافيا في حد ذاته للفصل في النزاع ولا تعرض بعد ذلك المسألة على القضاء، وعادة ما يكون سبب الاستعانة بالخبير في منازعات عقود التجارة الدولية راجع إلى عيوب خفية في محل التعاقد أو عدم مطابقتها للمواصفات المحددة في العقد، وهذا ما يدفع المشتري إلى طلب إنقاص الثمن أو مراجعته تبعا لهذه المواصفات وذلك بالاستعانة بالخبير لتحديد قيمة محل التعاقد وثمنه اعتمادا على تلك العيوب والمواصفات<sup>(167)</sup>، وفي عقد المعرفة الفنية مثلا قد يعود سبب النزاع إلى الاستخدام السيئ للآلات أو عدم تشغيل التجهيزات، لذلك يبدو واضحا أن يكون الخبير أكثر قدرة من المحاكم لتحديد المسؤوليات، إذ يمكنه الكشف عن سبب العيب ويحدد ما إذا كان راجع إلى سوء الاستخدام أو إلى عيب خفي أو إلى سوء الصيانة<sup>(168)</sup>.

### الفرع الثالث: مدى إلزامية تقارير الخبير/ فيما يخص مدى إلزامية التقارير التي يعدها الخبير

بعد تفحصه لأسباب النزاع، فهي مجرد آراء وملاحظات تقنية وفنية، فوظيفة الخبير في هذا الصدد تتحدد فقط في إبداء الملاحظات وهذا في حالة تعيين الخبير من هيئة قضائية أو جهاز تحكيمي، فالتقرير الذي يقوم به الخبير على سبيل الملاحظة والاستدلال فقط ولا يلزم المحكم أو القاضي الأخذ به، وهذا يميز هذه الوسيلة عن التحكيم الذي يفصل في النزاع بقرار ملزم للأطراف<sup>(169)</sup>، فسلطة الخبير تنحصر في هذا الإطار على مجرد إصدار التوصيات وتنوير الأطراف وإزالة الغموض الذي يكتنف المشكلة الفنية.

غير أنه هناك حالة أين تكون للتقارير التي يعدها الخبير صفة إلزامية ويتم على أساسها الفصل في النزاع، وهذا عندما يكون الخبير معين بطلب من الأطراف المتنازعة بعد الموافقة الصريحة عليه والنص عليه في العقد والتنازل عن الإجراءات التي اتخذت من أجل الفصل في النزاع أمام القضاء أو المحاكم

<sup>167</sup> - وفي كيفية تدخل الخبير والاستعانة به لتحديد مدى مطابقة مواصفات محل التعاقد، إلى جانب تقدير قيمة الضمانات بالدينار التونسي كمقابل للقيمة للفرنك الفرنسي، إلى جانب تقدير القيمة النقدية لعمليات الصيانة، راجع مضمون القضية:

CCI, Affaire n° 7388, du 10-02-1993, JDI n°04, Paris, 2000, pp 1107-1119.

<sup>168</sup> - بوجمعة سعدي نصيرة، المرجع السابق، ص 389.

<sup>169</sup> - DE LACOLLETTE Jean, op.cit, p 147.

التحكيمية<sup>(170)</sup>، فمهمة الخبير في هذه الحالة تتحول إلى مهمة تحكيمية، ومن ثم يلتزم الأطراف تنفيذ ما توصل إليه الخبير احتراماً للعقد وإرادتهم المنصهرة فيه.

إذن و من خلال ما تقدم بشأن الوسائل الودية لحل نزاعات عقود التجارة الدولية، يتبين بان لها أهمية كبيرة بالنسبة للأطراف المتعاقدة خاصة من الناحية العملية، وذلك بالنظر إلى المنفعة التي تعود عليهم من جراء تطبيقها، خاصة من ناحية توفير الجهد والنفقات التي تستوجبها الطرق الأخرى لحل النزاعات، غير أن هذه الوسائل سوف يتم تطبيقها بصفة عامة وعلى نحو واسع وشامل في مجال عقود التجارة الدولية، إذا ما تم إنشاء مراكز متخصصة لها تقوم بالتنسيق لعمليات المفاوضات والتوفيق و الوساطة والخبرة الفنية، إذ تقوم بإعداد قوائم بأسماء الوسطاء والموفقين ذوي الخبرة في مجال منازعات التجارة الدولية، بالإضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار القرارات والتقارير التي يتم التوصل إليها في نهاية التسوية الودية ومن ثم تنفيذها، وأغلب الشركات الدولية تفضل اللجوء إلى الوسائل الودية للفصل في نزاعاتها وذلك حفاظاً على مركزها وسمعتها في السوق الدولية، بالتالي الحصول على صفقات عالمية جديدة، غير انه وفي جميع الحالات إذا اشتد الخلاف بين الأطراف ولم يتوصلوا إلى الحل المناسب بالطرق الودية، فالأمر يتم الفصل فيه باللجوء إلى الوسائل القضائية سواء أمام الهيئات القضائية الداخلية (المحاكم الوطنية) أو اللجوء إلى محاكم التحكيم لدى أجهزة دولية مختصة في مجال التحكيم.

### المبحث الثاني: التسوية القضائية لنزاعات عقود التجارة الدولية

يشكل اللجوء إلى القضاء أحد الوسائل التي يلجأ إليها أطراف العقد التجاري الدولي للفصل في النزاع بصفة نهائية وباتة، حيث تقليدياً يترك الأمر لرجال القانون القيام بهذه المهمة، وفي ذلك ضمان لتنفيذ العقد للعقد بحسن النية من قبل كل طرف من أطراف العقد وتحقيق الشروط العقدية بشكل جيد طالما هناك قدرة توجيه الجزاء من قبل القضاء لكل حالة إخلال في الالتزامات التعاقدية، فالأطراف في العقد التجاري الدولي لهم الخيار بين اللجوء إلى محكمة قضائية أو محكمة تحكيمية، وعند اختيار التحكيم لهم الاستعانة بأكثر من نوع من التحكيم ولعل أن هذا الاختيار يقوم أساساً على المزايا التي يوفرها نوع عن آخر، لذا سيتم التطرق إلى التسوية القضائية على مستوى القضاء الوطني ثم التسوية على مستوى المحاكم التحكيمية.

<sup>170</sup> - بوجمعة سعدي نصيرة، المرجع السابق، ص 389.

## المطلب الأول: تسوية النزاعات أمام القضاء الوطني

قد تتجه إرادة المتعاقدين في حالة نشوب نزاع حول العقد التجاري الدولي عند قيامهم باختيار طرق حل المنازعات المحتملة إلى رفض فكرة اللجوء إلى المحاكم الوطنية للفصل في النزاع، والسبب في استبعاد القضاء الوطني للفصل في النزاع هو التخوف من التعصب الذي قد يسيطر على القضاء الوطني لأحد المتعاقدين<sup>(171)</sup> Le chauvinisme juridique ويتجلى هذا الأمر خاصة عند إعمال فكرة السيادة أو الجنسية لأحد الأطراف المتعاقدة في العقد الدولي وخاصة إذا كانت الدولة هي الطرف في العقد التجاري الدولي، فيصعب في هذه الحالة رفع دعوى قضائية ضدها على اعتبار أنها تحتج بالحصانة<sup>(172)</sup>، ولهذا فإن كل متعاقد يأبى أن يخضع المنازعات إلى القضاء الوطني للطرف الآخر، وتجدر الإشارة إلى أن الشروط المتعلقة بتسوية المنازعات تحتل مكانة هامة في المفاوضات عند صياغة عقود التجارة الدولية والتي لا تقل شأنًا عن باقي البنود الأخرى المكونة للعقد.

يعتبر اللجوء إلى القضاء لحل منازعات عقود التجارة الدولية من الطرق المكلفة جدا ماليا بسبب القيود التي تفرضها النظم القانونية لدولة كل متعاقد، سواء من حيث تعدد درجات التقاضي أو بطء إجراءات المرافعات أو عدم تجاوب القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي الداخلي مع متطلبات المرونة التي تتميز بها العقود التجارية الدولية<sup>(173)</sup>، بالإضافة إلى المفاهيم الموسعة التي تقتضيها طبيعة التعاملات التجارية الدولية، بالتالي التماطل في الفصل في قضايا الجانب المالي للعقد وخاصة باعتباره يتأثر بمعطيات التجارة الدولية كالمنافسة وسعر الصرف وغيرها، وبسبب ما يتطلبه ذلك أيضا من حصول الأطراف على مساعدة قانونية عن طريق المحامين في أماكن متعددة بالنظر إلى أن المعاملات قد تكون في أكثر من دولة واحدة<sup>(174)</sup>.

### الفرع الأول: اختصاص القضاء الوطني لأحد المتعاقدين: إن اتفاق أطراف العقد على

إحالة كل النزاعات المتعلقة بمضمون وتنفيذ العقد إلى القضاء الوطني لأحد منهما، يعني بالضرورة إعمال النظام القضائي لهذا البلد على موضوع النزاع، واللجوء إلى القضاء يعني تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع والخضوع إلى إجراءات التقاضي المتبعة على مستواها، وباعتبار أن إشكالات تنفيذ العقد لها علاقة بمحل الالتزام لأحد المتعاقدين فإن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هو المختار من

<sup>171</sup> - بوجمعة سعدي نصيرة، المرجع السابق، ص 390.

<sup>172</sup> - JACQUET Jean-Michel & DELBECQUE Philippe, op.cit, p 289.

<sup>173</sup> - BLANCO Dominique, op.cit, p 161.

<sup>174</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع السابق، ص 356.

المتعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، وهو موقف المشرع الجزائري<sup>(175)</sup>، لهذا يجب على الأطراف التعرف على الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المحكمة التي قد لا تحمل الضمانات الضرورية المتعلقة خاصة بالصفة الوجيهة للإجراءات المتعلقة بالفصل في النزاع<sup>(176)</sup>.

كما أن صدور الحكم من المحكمة المختصة في بلد أحد المتعاقدين، من شأنه أن يجد الطرف المحكوم له صعوبة في تنفيذ الحكم، ما لم يكن هناك اتفاقية دولية بين دولتي الأطراف المتعاقدة تقضي بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من محاكم إحدى الدولتين في الدولة الأخرى، فقبل لجوء الأطراف إلى القضاء وجب عليهم أولاً معرفة ما إذا كان ممكناً تنفيذ الحكم في الدولة التي يتواجد فيها الطرف المقصر لالتزاماته في العقد أو مكان وجود أملاكه وأمواله حتى تسهل عملية التنفيذ عليها<sup>(177)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك التأكد من وجود اتفاقية لتنفيذ الأحكام القضائية أو الاعتراف بها بين الدولتين خاصة وأنه لا توجد اتفاقية دولية بين الدول مجتمعة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من دولة لتنفيذها في دولة أخرى، إنما توجد اتفاقيات ثنائية في كثير من الأحيان يصعب تنفيذها لتأثيرها خاصة بالعامل السياسي<sup>(178)</sup>، إلى جانب ذلك قد يتم الاستنتاج من مضمون العقد أن القضاء الوطني لأحد المتعاقدين هو المختص للفصل في النزاع خاصة إذا لم ينص في العقد على اللجوء إلى التحكيم، ومن ثم عدم تضمين العقد لهذا الشرط يجعل من القضاء الوطني هو المختص، وهنا يثار الإشكال حول تحديد المحكمة المختصة نوعياً وإقليمياً أو ما يطلق عليه بالاختصاص المحلي<sup>(179)</sup>، لهذا نجد الأطراف المتعاقدة ينتابها نوع من الشك بصدد تحديد المحكمة المختصة، وهذا أمر طبيعي في العقود الدولية، فكل دولة لها نظامها الخاص المتعلق بتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية، ومن ثم ينتج تنوع كبير في الحلول المتبعة مما يسمح للطرف أكثر مهارة وسلطة أن يلتمس الاختصاص عند المحكمة الوطنية التي تقضي له بحكم أكثر تماشياً مع مصالحه.

## الفرع الثاني- اختصاص قضاء أجنبي عن المتعاقدين: إعمالاً بمبدأ سلطان الإرادة في

العقود الدولية، في حالة وجود نزاع وتبين من مضمون العقد إحالة النزاع أمام أحد الهيئات القضائية

<sup>175</sup> - راجع المادة 11 من الأمر 10-05 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، المعدلة للمادة 18 من الأمر 75-58، سالف الذكر.

<sup>176</sup> - جواد محمد علي، المرجع السابق، ص 196.

<sup>177</sup> - DE LACOLLETTE Jean, op.cit, p 141.

<sup>178</sup> - صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، المرجع السابق، ص 357، وانظر في ذلك:

JACQUET Jean-Michel & DELBECQUE Philippe, op.cit, p 288.

<sup>179</sup> - بوجمعة سعدي نصيرة، المرجع السابق، ص 391.

الأجنبية عن المتعاقدين-جهة قضائية محايدة-من ثم فان قضاء هذه الدولة هو المختص، بالتالي سيخضع النزاع إلى الإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني لتلك الدولة<sup>(180)</sup>، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في حالة ما إذا كان مختصا في النظر في النزاع العقد الدولي، فيجب إتباع قواعد الاختصاص والإجراءات إذا ما رفعت الدعوى أمام المحاكم الجزائرية<sup>(181)</sup>، إلا انه وفي كل الحالات الأطراف لا يختارون نظام قضائي لدولة يصعب تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكمها في دول أخرى، إلى جانب ذلك يعمل الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يكون في هذه الحالة حول تحديد الالتزامات وتنفيذها.

### الفصل الثالث- القانون واجب التطبيق عند طرح النزاع على القضاء: مادامت الإشكالات

والخلافات تدخل أساسا في إطار الالتزامات الملقاة على طرفي العقد التجاري الدولي، بالتالي في حالة وجود نزاع حولها وجب إخضاعها إلى القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أو تنفيذ العقد، وعلى هذا الأساس نجد الاختلافات في القوانين الوطنية في الدول المختلفة، إلا انه يتم الأعمال بقواعد الإسناد الخاصة بكل منها لإيجاد القانون واجب التطبيق على النزاع<sup>(182)</sup>، والتي من شأنها أن تؤدي بالقاضي إلى عدم العلم بنوع الحل الذي سيعطيه لمحل النزاع على اعتبار أن ذلك يتوقف على معرفته مضمون القانون الذي سيطبقه على نزاع الثمن، وهذا القانون قد يكون قانون دولته أو يكون قانون دولة أجنبية<sup>(183)</sup>، إلا أن هذا ما يضيف الطابع الحيادي على النزاع، إلى جانب ذلك فإرادة الأطراف عند اختيار القانون واجب التطبيق على نزاع الثمن أو على محل النزاع لا تحدها حدود إلا حدود النظام العام لقانون الدولة المختارة، وهذا بالنظر إلى تأثير نظام الاقتصاد الرأسمالي الليبرالي وتقديره لحرية التعاقد في مجال عقود التجارة الدولية، بالإضافة إلى أن الأطراف المتعاقدة هي الأدرى بالقانون الذي لا يعرقل تداول الثروات والخدمات ويستجيب لحركة رؤوس الأموال وحركة وسرعة المبادلات التجارية الدولية، ومن ناحية أخرى فتحدد القانون واجب التطبيق صراحة في العقد وسيلة للاقتصاد في تحرير العقود الدولية وصياغتها، فبدلاً أن يضمن الأطراف عقدهم بكافة الأحكام القانونية لقانون أجنبي معين بقدر أن أكثر

<sup>180</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع السابق، ص 357.

<sup>181</sup> - نص المادة 13 مكرر من الأمر رقم 10-05، المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني الجزائري، سالف الذكر، على انه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، ومن ثم في حالة اختيار رفع الدعوى أمام القضاء الجزائري وجب إتباع النصوص الواردة في الأمر 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المؤرخ في 02-25-2008.

<sup>182</sup> - بالنسبة لقواعد الإسناد في التشريع الجزائري، حصرها المشرع بين المواد 9 و24 من الأمر 58-75، سالف الذكر، والمعدلة بموجب الأمر 10-05، سالف الذكر.

<sup>183</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 73.

ملائمة للفصل في النزاع، يكفيهم الإشارة في نص أو بند في العقد باختيارهم هذا القانون ليصير واجب التطبيق<sup>(184)</sup>.

أما في حالة عدم تضمين العقد نص صريح حول القانون واجب التطبيق، ففي هذه الحالة يختص القاضي الذي عرض عليه النزاع استنباط الإرادة الضمنية لأطراف العقد لتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، إذ يجتهد في البحث عن القانون الذي يرتبط به العقد بنحو وثيق وجدي، وذلك بإعمال ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها ويتحدد مجال اجتهاده فيها<sup>(185)</sup>.

وإذا كان للإطراف في المفاوضات أو عند إبرام العقد التجاري الدولي أن ينص على شرط مانع للاختصاص في حالة نشوب نزاع بينهم، فإن هذا الأمر نادرا ما يحدث من الناحية العملية، وذلك على عكس الحال فيما يخص التحكيم الذي يبقى أكثر الوسائل استخداما في تسوية نزاعات الثمن في عقود التجارة الدولية.

### المطلب الثاني: اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

إن حتمية المبادلات التجارية وما يترتب على ذلك من حركة في رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، حث العديد من الدول والمتعاملين الاقتصاديين إلى الاقتناع بفائدة التحكيم بعد ثبوت قصور القضاء الوطني في الفصل في النزاعات، إلى جانب عدم أخذها بعين الاعتبار ضرورات التعامل التي تقتضيها التجارة الخارجية<sup>(186)</sup>، وعلى هذا الأساس تم إنشاء العديد من المراكز والمؤسسات المختصة بالفصل في نزاعات عقود التجارة الدولية، وفق قواعد خاصة وإجراءات محددة تجرى وفقها عملية التحكيم بين الأطراف<sup>(187)</sup>، فالتحكيم إذن طريق خاص لحل النزاعات مفاده اختبار الأطراف لقضائهم، وبالتالي فهو يبدأ بعقد أساسه إرادة الخصوم وقوامه الخروج عن طريق التقاضي، لهذا فالتحكيم يختلف عن الخبرة باعتبار أن رأي الخبير غير ملزم للأطراف عكس الحكم التحكيمي، كما يختلف كذلك عن الصلح الذي يعتبر عقد بين الأطراف المتنازعة التي توصلت إلى حل النزاع بالتراضي عكس التحكيم الذي ينتهي بإصدار الحكم التحكيمي، كما أنه يختلف عن التوفيق باعتبار أن الموفق يعمل على تقريب وجهات النظر للخصوم

<sup>184</sup> - سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 164، راجع المادة 07 من العقد المبرم بين Cevital و Astron، الملحق رقم 02.

<sup>185</sup> - سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 194

<sup>186</sup> - بوجمعة سعدي نصيرة، المرجع السابق، ص 392، انظر في ذلك:

BLANCO Dominique, op.cit, p 166.

<sup>187</sup> - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 31.

للوصول إلى حل لنزاع الثمن دون أن تكون له صفة الإلزام ودون الاستناد إلى قانون معين عكس التحكيم إذ يتم احترام إرادة الأطراف عند اختيارهم للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يكون أساسا للحكم<sup>(188)</sup>.

### الفرع الأول- مفهوم التحكيم التجاري الدولي: تتعدد مفاهيم التحكيم باختلاف موضوع

النزاع وأطرافه، إلا أن الفقه إستوى على تعريف التحكيم بوجه عام، بأنه وسيلة ملائمة لفض النزاعات الدولية التي لم تستطع الدول حلها بوضع نظام دولي شامل يختص بحل مثل هذه النزاعات التي تتعدى حدود دولة معينة وبالتالي يمكن بواسطته تفادي مشكلة تنازع القوانين<sup>(189)</sup>.

كما وضعت غرفة التجارة الدولية تعريفا للتحكيم التجاري الدولي عند دراسة مشروع اتفاقية نيويورك لسنة 1958، والذي مفاده:

" هو كل تحكيم يتمخض عن منازعة تجارية تنشأ بين أطراف يخضعون لنظم قانونية لدول مختلفة، أو كل تحكيم تثار فيه علاقات قانونية تمتد أثارها على دول مختلفة"<sup>(190)</sup>.

وعمل ذلك إذا كان التحكيم ينتهي بكل عناصره سواء من حيث طبيعة المنازعة أو الإجراءات والقانون واجب التطبيق أو جنسية الأطراف إلى دولة واحدة فنحن أمام تحكيم داخلي أو وطني، على العكس من ذلك لو ارتبط التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية فهو تحكيم دولي، وانطلاقاً من هذا التحليل نستخلص معيارين لتحديد دولية التحكيم أولهما قانوني وثانيهما اقتصادي.

أ/ المعيار القانوني: العبرة في هذا المعيار لتحديد دولية التحكيم هو محل إقامة أو موطن الأطراف المتنازعة، إذ يستلزم إقامة أحدهما خارج الدولة لتكون بصدد تحكيم دولي.

### ب/ المعيار الاقتصادي:

مفاده العبرة بموضوع النزاع لتحديد دولية التحكيم، فإذا تعلق الأمر بحركة الأموال عبر الحدود ويثير مصالح التجارة الدولية فهو تحكيم دولي، ومهما يكن فإن التحكيم التجاري الدولي واسع ويشمل جل العلاقات التعاقدية ذات الصبغة التجارية والدولية، وعلى سبيل المثال تبادل السلع والخدمات في إطار الاستيراد والتصدير، عقود التوريد والبيع الدولي للبضائع والمعاملات المصرفية الدولية... الخ، وان نفور المتعاملين الاقتصاديين من القضاء الوطني سببه الميزات الحسنة التي يتميز بها التحكيم.

<sup>188</sup> - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 266-267، وفي نفس النقطة المتعلقة بمقارنة أسلوب التحكيم بالأساليب الودية لحل منازعات عقود التجارة الدولية، راجع: جواد محمد علي، المرجع السابق، ص 191.

<sup>189</sup> - حسين فريدة، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2000، ص 06.

<sup>190</sup> - JACQUET Jean-Michel & DELBECQUE Philippe, op.cit, p 321.

## الفرع الثاني: مزايا اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية: التحكيم

في مفهومه الحديث لم يعد يقتصر فقط على اتفاق المتعاقدين بعد حصول النزاع لحل المشكلات الناشئة عن تنفيذ بنود العقد، بل صار بندا ينص عليه الأطراف في العقد عند القيام بالمفاوضات لإبرام العقد، حيث تتجه رغبة الأطراف إلى عدم عرض النزاع على القضاء الوطني<sup>(191)</sup>، سواء يتم عرض النزاع أمام محكمة تحكيمية لدى هيئة متخصصة في مجال التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، أو أن يقوم الأطراف أنفسهم بإدارة عملية التحكيم دون مساعدة أي مؤسسة تحكيمية، ومن هنا نستنتج أن للتحكيم في المسائل التجارية الدولية خاصة تلك المتعلقة بالاداءات النقدية محل الالتزام فيها مزايا لا تتوفر في حالة اللجوء إلى القضاء الوطني، ونحصرها فيما يلي:

أ- حفظ أسرار أطراف النزاع، إذ عادة ما يستوجب الفصل في النزاع الكشف عن معلومات سرية وخاصة، فمثلا عند عدم الوفاء بقيمة العقد في الآجال المحددة والسبب في ذلك إفلاس المشتري، فهذا سر وجب حفظه من قبل الهيئة التحكيمية وذلك لما له من اثر على المراكز القانونية والمالية إلى جانب المساس بالسمعة التجارية للأطراف، كما أن القضايا موضوع النزاع غير قابلة للنشر والتداول إلا بتصريح من الأطراف.

ب- بقاء العلاقة بين الأطراف المتنازعة قائمة في تعاملاتهم التجارية، لان التحكيم قبل كل شيء يعمل على تقريب مصالح الأطراف المتنازعة وهو أقرب إلى التوفيق.

ج- وبما أن للوقت في عقود التجارة الدولية أهمية كبيرة، فإن التحكيم يوفر على الأطراف الزمن الطويل الذي تستغرقه المنازعات أمام القضاء الوطني، كما أن للأطراف معرفة المدة الزمنية التي تستغرقها المحكمة التحكيمية للفصل في النزاع، وكذا القيمة المالية وأجبة الدفع كأتعاب أمام الهيئة التحكيمية على اعتبار أن الأطراف يعلمون مسبقا بتكلفة الفصل في النزاع.

وبناء على ما تقدم حول مسألة التحكيم التجاري الدولي نخلص إلى نتيجة مفادها، إن طبيعة النزاع، والرغبة في المحافظة على العلاقات التجارية بين الأطراف وتكاليف التحكيم والسرعة في إنهاء النزاع، تكون دائما العوامل الأساسية الدافعة للجوء إلى التحكيم، ومن ثم فاتخاذ قرار اللجوء إلى التحكيم قد يكون منصوب عليه قبل نشوب النزاع<sup>(192)</sup>، وقد يكون بعد نشوبه ويتفق الأطراف بإحالة النزاع إلى هيئة تحكيمية، إلا أنه في كلتا الحالتين سيتم الفصل من هيئة تحكيمية يفوض لها هذا الاختصاص.

<sup>191</sup> - راجع المادة 07 من العقد المبرم بين Astron و Cevital

<sup>192</sup> - وهو ما تم العمل به في قضية الحال بين شركة من بنما Panama وشركة من جزر الهند الغربية البريطانية، والتي مضمونها الامتناع عن فتح الاعتماد المستندي لدفع ثمن الصفقة، وأنه تم النص في العقد في حالة وجود خلاف يؤول الاختصاص إلى المحكمة التحكيمية لغرفة

الفرع الثالث- أنواع التحكيم: قد تكون دائمة –جهاز دائم يفصل في منازعات التجارة الدولية- كما يمكن أن تكون مؤقتة يقوم الأطراف بتشكيلها للفصل في النزاع.

أ/ التحكيم المؤسسي: هو التحكيم لدى هيآت ومراكز تحكيمية دائمة يتم اللجوء اليها خاصة في العقود التي يكون موضوع نزاعها مسائل فنية وتقنية كالمحاسبة المالية للثمن وفقا لمتغيرات سعر البورصة مثلا أو المسائل المتعلقة بعقود المعرفة الفنية وتقدير هذه المعرفة، والمؤسسات التحكيمية كثيرة تتنافس على استقطاب أطراف النزاع في العقود الدولية بما تقدمه من تسهيلات أو خدمات لإجراء التحكيم عن طريقها، ومن هذه نجد على سبيل المثال<sup>(193)</sup>، غرفة التجارة الدولية بباريس CCI والمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار CIRD، وجهاز تسوية نزاعات التجارة الدولية على مستوى المنظمة العالمية للتجارة ICD، بالإضافة إلى العديد من المراكز التي تتبنى قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، اتحاد المحكمين الأمريكيين AAA والمحكمة التحكيمية في لندن، وغالبية هذه المراكز الإقليمية تتبنى إجراءات خاصة بها تتشابه كليا أو جزئيا مع القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي<sup>(194)</sup>.

إذن هذه المراكز وغيرها تختص في الفصل في منازعات عقود التجارة الدولية مهما كان موضوعها، وخاصة إذا ما تم النص في العقد على اختصاص إحداها، ولعل دواعي اعتماد التحكيم أمام هذه المراكز هو توفرها على أشخاص من ذوي الخبرة في الميدان، وقيامها بكل الأعمال التي تسهل الإجراءات مع احترام المواعيد المقررة، وتقوم بدفع استحقاقات المحكمين وذلك مقابل أجر يدفعه المتنازعين، والذي يراه المختصين بأنها مكلفة جدا وهذا ما يجعلها قبله فقط للشركات ذات الرؤوس الأموال الضخمة والدول المتعاقدة معها.

ب/ التحكيم الحر: والذي يتم وفق رغبة الخصوم، إذ يختارون بأنفسهم المحكمين الذين يتولون الفصل في نزاع الثمن محل الالتزام في العقد، وهذه الطريقة عادة ما تتم بتعيين كل طرف لمحكم خاص به وبعدها يتولى المحكمان تعيين حكم ثالث يفصل في النزاع، إلى جانب تحديد كافة الإجراءات الخاصة بمباشرة التحكيم ومكان انعقاده والقانون واجب التطبيق<sup>(195)</sup>، وهذا الأسلوب يقوم على احترام إرادة الخصوم في صياغة القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة وإعطائهم حرية المبادرة في ذلك حتى يتلاءم

التجارة الدولية بباريس، في تفصيل القضية راجع: محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 160.

<sup>193</sup> -BLANCO Dominique, op.cit, p 166.

<sup>194</sup> -صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، المرجع السابق، ص 369.

<sup>195</sup> - حداد حمزة، المرجع السابق، ص 14.

مع خصوصية النزاعات كل واحدة على حده وتحقق بالتالي الحقوق المتطلبة في التحكيم بوجه عام، إلا أنه يعاب على هذا الأسلوب في حالة عدم وجود إرادة صريحة لحل النزاع من أحد الأطراف، ومن ثم لا يستطيع المحكمون إلزام المحكوم ضده بالتنفيذ، وهذا ما يفقد للتحكيم جوهره، بالتالي لا يبقى سوى حل اللجوء إلى القضاء الداخلي للفصل في النزاع<sup>(196)</sup>.

### الفرع الرابع- القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية أثناء

**التحكيم:** لا إشكال يثور في حالة اتفاق الأطراف في العقد على اختصاص الهيئة التحكيمية للفصل في أي نزاع يثور حول تنفيذ العقد، واتفاقهم على القانون واجب التطبيق على ذلك<sup>(197)</sup>، وذلك ما يسهل من مهمة المحكمين وهما خاصة إذا تعلق الأمر بالتحكيم الحر<sup>(198)</sup>، وفي حالة غياب اتفاق أو نص صريح يدل على القانون واجب التطبيق في العقد يمكن للمحكمين تقدير ذلك من خلال الاعتماد على القرائن كمكان التحكيم أو تنفيذ العقد، وبالنسبة لنظام التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية يقضي في حالة عدم وجود نص على القانون واجب التطبيق على النزاع أثناء التحكيم بإمكان المحكم الاستعانة بالقانون الداخلي المتعلق بالإجراءات الخاصة بالتحكيم، أو يكون الاختصاص للمبادئ العامة للقانون والتي تعود إلى مجمل الأعراف والعادات التجارية الدولية إلى جانب الاستعانة بقواعد القانون الدولي الخاص والمتعلقة بقواعد التنازع<sup>(199)</sup>.

### الفرع الخامس- صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه: عندما يتم تعيين المحكم أو المحكمين من

قبل الأطراف المتنازعة أو من قبل الجهة المخولة لها تعيينهم إلى جانب تعيين مكان التحكيم ولغته للفصل في القضية، واختيار القانون واجب التطبيق على النزاع<sup>(200)</sup>، يتم الفصل في النزاع وذلك بعد الاستماع لأسانيد الأطراف وحججهم، ومن ثم يتم إصدار حكم في الموضوع، وهذا الحكم يختلف إذ قد يكون جزئياً، عندما يصدر المحكم حكمه في جزء من الموضوع عندما يكون ذلك ممكناً، كأن يثبت في نزاع الفوائد التأخيرية لعدم دفع جزء من الثمن فقط دون التطرق إلى المبلغ الإجمالي للعقد، أو قد يكون الحكم وقتياً أي الحكم في الموضوع قبل البدء في النظر حول النزاع الأصلي من قبل المحكم أو أن يكون الحكم نهائياً، بمعنى حكم نهائي في الموضوع الرئيسي المعروض على هيئة التحكيم كالزام المدين في العقد بالوفاء بالقيمة الإجمالية للثمن المحدد في العقد، ويستمد المحكم سلطته في إصدار الحكم من اتفاقية التحكيم أو من

<sup>196</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع السابق، ص 367.

<sup>197</sup> - راجع المادة 21 من العقد المبرم بين Cevital و Astron، الملحق رقم 02.

<sup>198</sup> - جواد محمد علي، المرجع السابق، ص 203.

<sup>199</sup> - صالح بن بكر الطيار، المرجع السابق، 340، انظر كذلك: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 653.

<sup>200</sup> - JACQUET Jean-Michel & DELBECQUE Philippe, op.cit, p 357.

القانون واجب التطبيق على النزاع، كأن ينص في العقد على اختصاص غرفة التجارة الدولية للفصل في النزاع، ومن ثم يتم إصدار الحكم التحكيمي وفقا للإجراءات المتبعة أمامها<sup>(201)</sup>، ومن ثم يصبح الحكم بمثابة حكم قضائي يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ويرتب آثارا في مواجهة الأطراف المتنازعة من تاريخ التوقيع عليه.

**الفرع السادس- تنفيذ الحكم التحكيمي:** إن ذلك يثير إشكالات عديدة، باعتبار أنه ليس من مهمة المحكم أو مركز التحكيم الذي انعقدت فيه جلسة التحكيم أن يضمن تنفيذ الحكم التحكيمي أو الاعتراف به، لأن هذا الموضوع من اختصاص المحكمة التي سينفذ فيها الحكم التحكيمي<sup>(202)</sup>، وذلك وفقا للنظام الداخلي لتلك الدولة ووفقا لأحكام الاتفاقية الدولية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم<sup>(203)</sup>، وفي هذه الحالة بعد التحقق من صحة الحكم التحكيمي واستيفائه الشروط الشكلية والموضوعية، وبعد الحصول على الاعتراف به من قضاء الدولة التي يتم تنفيذه فيها، يقوم الطرف الذي فاز بالتحكيم طلب التنفيذ على أموال المدين وحجزها، وفقا لما جاء في مضمون التحكيم أو حجز أملاكه وحساباته لدى البنك إلى غير ذلك من صوز التنفيذ الجبري<sup>(204)</sup>.

بينما يمكن للمدين الطعن في الحكم التحكيمي أو طلب إلغائه وذلك بإيجاد أساس قانوني لتعديل أو إلغاء الحكم الذي ليس في صالحه، وذلك باللجوء مثلا إلى الاستثناءات المنصوص عليها في اتفاقية نيويورك خاصة المادة 05 منها والمتعلقة بطلب الإلغاء لمناقضة الحكم للمصلحة العامة أو غياب أحد الشروط الشكلية والموضوعية في الحكم، أو تعارض الحكم التحكيمي وإرادة الأطراف في العقد<sup>(205)</sup>.

**الفرع السابع: موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود التجارة**

## الدولية

بعدما كانت السلطات الجزائرية مناهضة لأسلوب التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الناجمة عن تنفيذ العقود التجارية الدولية وذلك حتى الثمانينات، أتت مرحلة الانفتاح وقبول هذا الأسلوب لفض

<sup>201</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع السابق، ص 420.

<sup>202</sup> - DE LACOLLETTE Jean, op.cit, p 146.

<sup>203</sup> - اتفاقية التي تعالج إشكالات الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها، هي اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي تبنتها الأمم المتحدة عن طريق مجلسها الاقتصادي والاجتماعي سنة 1958.

<sup>204</sup> - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع السابق، ص 432.

<sup>205</sup> - وتكون كذلك إمكانية إبطال الحكم التحكيمي في حالة تعارض بنود التحكيم والنصوص الداخلية لمركز التحكيم المحال إليها، وهذا ما تم العمل به في القضية التي يدور موضوع نزاعها حول التأخر في دفع الثمن في عقد التوريد الدولي بين شركة فرنسية وشركة أرجنتينية، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بإلغاء الحكم التحكيمي الصادر من غرفة التجارة الدولية لتعارضه مع مضمون اتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقد وعلى اختصاص المحكمة التحكيمية في بيونس أرس في الأرجنتين.

النزاعات نتيجة للظروف والتحولت الاقتصادية والحاجة الماسة لمسايرة الدول المتقدمة<sup>(206)</sup>، أصبح التحكيم التجاري الدولي من الأساليب التي تحتل الصدارة في القوانين الجزائرية بشكل عام وفي قانون الإجراءات المدنية خاصة الذي كرس فيه المشرع أسلوب التحكيم التجاري الدولي<sup>(207)</sup>.

إلا أنه حتى في فترة النفور من التحكيم قامت الدولة الجزائرية بإبرام عقود دولية تحتوي على بنود تحيل تسوية النزاعات إلى التحكيم<sup>(208)</sup>، وتماشيا مع المستجدات الاقتصادية وظروف التجارة الدولية وحاجة الجزائر إلى رؤوس الأموال الأجنبية للنهوض بالاقتصاد الوطني، كان لابد من اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات عقود التجارة الدولية كضمان للمتعامل الأجنبي، وهذا ما دفعها إلى التوقيع والانضمام إلى العديد من الاتفاقيات الدولية تأكيداً عن رغبتها في جلب رؤوس الأموال والمستثمرين الأجانب<sup>(209)</sup>، كانضمامها إلى اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي في سنة 1987، والانضمام إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتضمنة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها<sup>(210)</sup>، والتي تعتبر من أهم الاتفاقيات التي حضت بالاهتمام الدولي نظرا للدور الذي تلعبه في مجال التعامل التجاري الدولي، إذ تهدف أساسا إلى توفير قدر أكبر من الفعالية لأحكام التحكيم التجاري الدولي.

<sup>206</sup> - ZALANI Abdelmadjid, « L'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage commercial international ; Point de vue Algérien », RASJEP, n°03, Alger, 1997, p 897.

<sup>207</sup> - مرسوم تشريعي رقم 09-93، مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر 154-66، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27، سنة 1993. ملغى. بموجب الأمر 09/08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية خاصة أحكام المادة 1039 وما يليها، أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على التحكيم فاعترف المشرع لقانون الإرادة خاصة في المادة 1050 منه.

<sup>208</sup> - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود "المفتاح في اليد" بالجزائر، المرجع السابق ص 15.

<sup>209</sup> - حسين فريدة، المرجع السابق، ص 22.

<sup>210</sup> - مرسوم رقم 233-88، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر عدد 48 لسنة 1988.

## خلاصة

إذ كانت التجارة أهمية بالغة في حياة الشعوب، لهذا وجه إليها الاهتمام منذ القدم وحتى يومنا هذا، فانه نظرا لما تلعبه من دور محوري وفعال في بناء الصرح الاقتصادي لهذه الشعوب والسير بها نحو التقدم والرفي . وإزاء هذه الأهمية لم تقتصر مباشرة تلك التجارة على حدود الدولة الواحدة وإنما امتدت خارجها واتسع نطاقها ليشمل أكثر من دولة.

وكان التجار دوما هم المحرك الأساسي في تطور هذه التجارة، فأخذوا يتطلعون إلى أسواق جديدة ومنتجات متنوعة وخاضوا في سبيل ذلك مخاطر عدة بين أسفار طويلة وخطر التعامل مع أنواع وأجناس مختلفة، إلى أن ارتقت التجارة الدولية إلى أعلى سلم العلاقات الدولية و ، ذلك بالنظر لإسهاماتها الكبيرة في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم، وبالنظر لما تلعبه من دور أساسي ومؤثر في تقدير وتقييم مستوى وحجم التبادل في هذا المجال، كما كان لازدياد أنواع المعاملات الدولية واتساع حجمها الأثر الكبير في تنوع الوسائل القانونية التي تحكمها، ولعل عقود التجارة الدولية وبصفة خاصة عقود البيع الدولي تشكل أهم وسائل التبادل التجاري الدولي، فلا غرو إن لاحظنا اهتماما متزايدا بها من طرف الفقه والقضاء وتنظيما متنوعا ومحكما من قبل هيئات متخصصة دولية ومحلية.

لذا فان الاهتمام بقانون التجارة الدولية مؤداه التشعب والصعوبات التي تعتلي المعاملات التي تدخل في مجاله إضافة إلى امتداد المعاملات التجارية الدولية إلى خارج إقليم وحدود الدول، إضافة إلى التعقيدات الخاصة التي تشوب بعض أنواع العقود التجارية الدولية، لهذا تم استحداث العديد من الهيئات المتخصصة سواء الحكومية (لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية، المنظمة العالمية للتجارة) منها أو غير الحكومية (غرفة التجارة الدولية) من اجل إن تساهم في وضع المبادئ العامة والاتفاقيات الدولية الخاصة بمعاملات التجارة الدولية تحقيقا لتوحيد قواعد وأحكام معاملات التجارة الدولية حفاظا على استقرار المعاملات بين المتدخلين بدأ من مرحلة المفاوضات إلى غاية الانتهاء من المعاملات خاصة التعاقدية منها. كما انه حفاظا على المصالح المتعارضة للمتدخلين في مجال التجارة الدولية تم استحداث آليات جديدة في مواجهة تغير الظروف وتأثيرها على استقرار عقود التجارة الدولية خاصة ما يتعلق بعنصر إعادة التفاوض على العقد وتحيينه أو مراجعته أو منح هذه المهمة إلى المحكم المفوض بالصلح من اجل الحفاظ على العقد، كما انه استوجب إن ننوه بالدور الكبير الذي يلعبه التحكيم التجاري الدولي في تكريس بعض المبادئ الخاصة بعقود التجارة من خلال الاجتهادات الصادرة في المجال، وكذلك دوره في حسم المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية.

## قائمة المراجع

### أولاً: باللغة العربية

#### 1/ الكتب

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
- السمنهوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998
- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: المبادئ العامة لتنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003
- بوجمعة سعدي نصيرة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989
- جواد محمد علي، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001
- خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2002
- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2000
- سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، 2007
- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999
- صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة، السعودية، 1998.
- صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996
- طالب حسني موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- عبد الواحد العفوري، العولة و الجات- الفرص والتحديات، مكتبة مدبولي ، القاهرة، 2000 ،
- عطية نعيم، الموسوعة القانونية للاستثمارات والعقود الدولية (وثائق وبحوث) التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية "اختيار المتعاقد"، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998
- محمد سيد عابد، التجارة الدولية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001 .
- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والانجلوساكسونية والعربية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004

- شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003
- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية: دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها (القانون المصري، القانون المقارن، الأعراف الدولية)، دون دار نشر، القاهرة، 2000
- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، 2008
- معاشو عمار، النظام القانوني لعقود (المفتاح في اليد) بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995
- وفاء أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

## 2/ الرسائل

- حسين فريدة، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2000
- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام، آلية الحقوق بن عكنون
- عسالي عبد الكريم، عقد الاعتماد الايجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015،
- عيبوط محند اعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006،
- رشا إبراهيم عبد الله عبد الله، النظام القانوني لعقد الترخيص التجاري والصناعي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 2012
- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الثاني، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1991.

## 3/ المقالات

- اقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، 2006، ص 95 وما لها
- حداد حمزة، " اتفاق التحكيم (في التحكيم التجاري الدولي"، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجاري الدولي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Center ، في [www.lac.com.jo](http://www.lac.com.jo) ، القاهرة، 2000-01-28
- ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مجلة الأمن والقانون، السنة الثامنة، العدد الأول يناير، مجلة أكاديمية شرطة ، دبي، 2000

#### 4/ النصوص القانونية

##### أ/ اتفاقيات الدولية

- مرسوم رقم 233-88، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر عدد 48 لسنة 1988
- اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم الجزائرية موافق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج ر 80 صادرة في 2001/12/26
- اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت (A.C.C)، مؤرخة في 2003/10/30، ج ر عدد 72 صادرة في 2003/11/13.
- الاتفاقية الجزائرية الروسية، من أجل تجنب ازدواج الضريبي، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 127/06، ج ر 21 لسنة 2006.

##### ب/ النصوص التشريعية

- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 17 لسنة 1975.
- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 17 لسنة 1975.
- أمر رقم 03-01، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر 47، 2001. معدل ومتمم
- قانون رقم 09/08، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

#### 5/ الوثائق

- اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في نيويورك سنة 1974، والبروتوكول المعدل لاتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980.
- اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام 1978 في هامبورج وتعرف باسم قواعد هامبورج والتي دخلت حيز النفاذ في أول نوفمبر سنة 1992.
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980 والتي دخلت حيز النفاذ في أول جانفي سنة 1988.
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في 1985.
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفائح (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية والتي أقرتها اللجنة في اجتماعها في فيينا بتاريخ 1987.

## ثانيا: باللغة الفرنسية

### 1/ Ouvrages

- **Audit Bernard**, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, 1990
- **BEGUIM. J & M.MENJUCQ**, Droit du commerce international, Litec, paris, 2005.
- **BLANCO Dominique**, Négocier et rédiger un contrat international, DUNOD, paris, 1993
- **Carreau, et Julliard**, Droit International économique, 3ème Dalloz, Paris, 2007
- **CHALILON Stéphane**, Le contrat international, ed, vibert, paris, 2007
- **DE LACOLLETE Jean**, Les contrats de commerce internationaux, Editions DE BOECK, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, 1992
- **DELEBECQUE Philippe & JACQUET Jean-Michel**, Droit du commerce international, Dalloz, paris, 2007.
- **FONTAINE Marcel & DELY Filip**, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, 2ème éd, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 2003
- **HEUZE Vincent**, Traité des contras « La vente international de marchandises » droit uniforme, LGDJ, paris, 2000
- **HUGUES Kenfack**, Droit du commerce international, Dalloz, paris, 2009.
- **JALUZOT Béatrice** . La bonne foi dans les contrats, Dalloz, Paris, 2001
- **LEBOULANGER Philippe**, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, Paris, 1985
- **LE TOURNEAU Philippe**, Contrats informatiques et électronique, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2012.
- **Patrick DAVID**, LA NEGOCIATION COMMERCIALE EN PRATIQUE, édition d'organisation, 2006
- **RENE David**, L'arbitrage dans le commerce international, éd Economica, paris, 1982.

### 2/ Thèses et Mémoires

#### A/ THESES

- **ANTONMATTEI Paul-Henri**, Contribution a l'étude de la force majeure, thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences économique de Montpellier, LGDJ, paris, 1992
- **Desgorces (R)**. La bonne foi dans le droit des contrats, Thèse, paris2, 1992
- **IBRAHIM Ali**, Les contrats internationaux d'Etat et responsabilité contractuelle au regard du droit international public, Thèse, Nice, 1985.

#### B/ MEMOIRES

- **Camille forment**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire, DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris 2, paris, 2001

- **Mariem Rekik**, « Le juge du contrat électronique international », Mémoire, Faculté de Droit de Sfax, 2013
- **N.BOURDEAU**, La formation du contrat du commerce électronique, mémoire de D.E.A, Université des Sciences sociales-Toulouse III, 1998-1999

### 3/ Articles périodiques

- **Anne-Marie Trahan**, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », RJT Vol 36 n°2, 2002, pp 627-636
- **AUDIT Bernard**, « Jurisprudence arbitrale et droit de développement », In S/dir CASSAN Hervé, Contrats internationaux et pays en développement, Editions ECONOMICA, Paris, 1989
- **Denis CHEVALIER**, « Incoterms : bien les connaître pour mieux les utiliser », extrait de la revue Le Moci, septembre 2003, n° 1615, revue TERTIAIRE N° 112 / JOIN 2004, pp 41-46.
- **BREDIN J-D**, « l'amiable composition et le contrat », Rev-arb, 1984.
- **DERAINS Yves**, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », RDAI, Paris, 1987, pp 375-382 p 375/s..
- **FALAISE, M.** « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », P.aff. n°94, 7 août 1998,
- **Fontaine Marcel**, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Dr. prat. com. int. 1977. p73/s.
- **FÉLIX ONANA ETOUNDI**, "Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats", revue droit uniforme, n°4, 2005, pp 683-718.
- **Gabrielle Marceau**, PRINCIPES GENERAUX DU GATT/DE L'OMC Le cadre juridique des relations commerciales internationales, p 12, in: <http://www.ceim.uqam.ca/>
- **German Velasquez et Pascale Boulet**, Mondialisation et accès aux médicaments. Les implications de l'Accord ADPIC/OMC - Série « Économie de la santé et médicaments », n° 7, WHO/DAP/98.9, novembre 1997.
- **KAHN Philipp**, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », JDI, n°03, Paris, 1975, p 469.
- **Kessedjian (C)**, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes posés par UNIDROIT », Rev. crit. DIP, 1995, 641
- **JARROSSON (Ch)**, « L'obligation de coopération dans le contrat international de longue durée », Centre de recherche sur le droit des affaires, p 08, In <http://www.creda.ccip.fr>, le 30 Janvier 2005.
- **Jean –Marc Loncle et Jean-Yves Trochon**, La phase des pourparlers dans les contrats internationaux , RDAI/N1,1997, p.13/20.
- **Johanna Schmidt**, Les lettres d'intentions , RDAI ,N3/4, 2002, p.257/s
- **LECOSSOIS Delphine**, « La détermination du prix dans la Convention de Vienne, le U.C.C, et le droit Français: critique de la première décision relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne », Revue de droit de MCGILL, Vol 41, Québec, 1996, pp 514-542. In [www.journal.law.mcgill.ca](http://www.journal.law.mcgill.ca)

- **LOUIS – LUCAS Pierre**, "Formation historique et principe du système français de solution des conflits de lois", *Juris – classeur de droit international*, tome 7, fasc 530-B Art3, 1990,
- **Marre Béatrice**, Rapport d'information sur la préparation de la Conférence ministérielle de l'OMC : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/omc/fonctions.shtml>.
- **Marie Lamoureux**, Les déclarations d'intention en droit privé, perspectives de RLMD du 01/04/2008, n°48, p.25-30
- **ROUSSOS Alexia**, « La résolution des différends », *Revue lex Electronica*, vol 06, n°01, Québec, printemps 2000, p 05, In <http://www.lex-electonica.org>.
- **Sébastien Jambart**, Les lettres d'intentions sont –elles mortes ?, *Bull. Joly sociétés*, 01juin2007
- **ZAALANI Abdelmadjid**, « L'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage commercial international ; Point de vue Algérien », *RASJEP*, n°03, Alger, 1997, p 897

#### 4/ Documents

- **ANNE-LAURENCE MICHEL**, Contrats de vente internationaux, CONFÉRENCE AU BÉNÉFICE DES EXPORTATEURS DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE LE 2 NOVEMBRE 2011
- **Yav Katshung Joseph**, Cours de droit international privé, université de Lubumbashi, Faculté de Droit, 2012.
- **Introduction aux règles et principes fondamentaux de l'OMC**, in: [https://ecampus.wto.org/admin/files/Course\\_412/Module\\_726/ModuleDocuments](https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_412/Module_726/ModuleDocuments).
- **Accord** sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. voir: Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2

## الفهرس

| الصفحة | الموضوع                                                     | العنوان         |
|--------|-------------------------------------------------------------|-----------------|
| 01     |                                                             | قائمة المختصرات |
| 04     | تقديم محاور الدراسة                                         | مقدمة           |
| 06     | مدخل إلى قانون التجارة الدولية                              | المحور الأول    |
| 06     | مفهوم قانون التجارة الدولية                                 | المبحث الأول    |
| 06     | تعريف قانون التجارة الدولية                                 | المطلب الأول    |
| 07     | التعريف الموسع لقانون التجارة الدولية                       | الفرع الأول     |
| 07     | التعريف الضيق لقانون التجارة الدولية                        | الفرع الثاني    |
| 08     | التعريف الجامع لقانون التجارة الدولية                       | الفرع الثالث    |
| 08     | خصائص قانون التجارة الدولية                                 | المطلب الثاني   |
| 08     | قانون حديث النشأة                                           | الفرع الأول     |
| 09     | قانون عرفي الأصل                                            | الفرع الثاني    |
| 09     | قانون موضوعي ومرن                                           | الفرع الثالث    |
| 10     | صفة الدولية                                                 | الفرع الرابع    |
| 10     | قانون معولم ومستقل                                          | الفرع الخامس    |
| 10     | مواضيع قانون التجارة الدولية                                | المطلب الثالث   |
| 11     | مجال التجارة الدولية                                        | الفرع الأول     |
| 11     | مجال العقود الدولية                                         | الفرع الثاني    |
| 11     | مجال التحكيم التجاري الدولي                                 | الفرع الثالث    |
| 12     | التجارة الالكترونية                                         | الفرع الرابع    |
| 13     | تمييز قانون التجارة الدولية عن بعض فروع القانون المشابهة له | المبحث الثاني   |
| 13     | تمييزه عن بعض فروع القانون ذات البعد الدولي                 | المطلب الأول    |
| 13     | تمييزه عن القانون الدولي للأعمال                            | الفرع الأول     |
| 13     | تمييزه عن القانون الدولي الاقتصادي                          | الفرع الثاني    |
| 14     | تمييزه عن القانون الدولي الخاص                              | الفرع الثالث    |
| 14     | تمييزه عن بعض القوانين ذات البعد الوطني                     | المطلب الثاني   |
| 14     | تمييزه عن القانون التجاري الوطني                            | الفرع الأول     |

|    |                                                         |               |
|----|---------------------------------------------------------|---------------|
| 15 | تمييزه عن القانون المدني                                | الفرع الثاني  |
| 15 | مصادر قانون التجارة الدولية                             | المحور الثاني |
| 15 | المصادر الدولية                                         | المبحث الأول  |
| 15 | المصادر الاتفاقية                                       | المطلب الأول  |
| 16 | اتفاقيات دولية عقدية (ثنائية)                           | الفرع الأول   |
| 16 | الاتفاقات الدولية الشارعة                               | الفرع الثاني  |
| 16 | الاتفاقيات ذاتية التنفيذ                                | أولا          |
| 16 | اتفاقيات غير ذاتية التنفيذ                              | ثانيا         |
| 17 | المصادر الشبه الاتفاقية                                 | المطلب الثاني |
| 17 | أعمال لجنة الأمم المتحدة الخاصة بالقانون التجاري الدولي | الفرع الأول   |
| 17 | المبادئ الموحدة للعقود الدولية                          | الفرع الثاني  |
| 17 | العقود النموذجية والشروط العامة                         | الفرع الثالث  |
| 18 | العرف والمبادئ العامة للقانون                           | المطلب الثالث |
| 18 | العرف                                                   | الفرع الأول   |
| 18 | المبادئ العامة للقانون                                  | الفرع الثاني  |
| 19 | المصادر الوطنية                                         | المبحث الثاني |
| 19 | مفهوم المصادر الوطنية لقانون التجارة الدولية            | المطلب الأول  |
| 19 | تعريف المصادر الوطنية                                   | الفرع الأول   |
| 19 | أمثلة عن المصادر الوطنية في القوانين المقارنة           | الفرع الثاني  |
| 19 | المصادر الوطنية (وفقا للقانون الجزائري)                 | المطلب الثاني |
| 19 | القانون المدني الجزائري                                 | الفرع الأول   |
| 19 | القانون التجاري الجزائري                                | الفرع الثاني  |
| 20 | قانون الإجراءات المدنية والإدارية                       | الفرع الثالث  |
| 20 | توحيد قواعد التجارة الدولية                             | المحور الثالث |
| 20 | مضمون فكرة توحيد قواعد التجارة الدولية                  | المبحث الأول  |
| 20 | مفهوم عملية التوحيد                                     | المطلب الأول  |
| 21 | تعريف توحيد أحكام قواعد التجارة الدولية                 | الفرع الأول   |
| 21 | تكريس عملية التوحيد                                     | الفرع الثاني  |
| 21 | طرق توحيد أحكام قانون التجارة الدولية                   | المطلب الثاني |

|    |                                                            |               |
|----|------------------------------------------------------------|---------------|
| 21 | الشروط العامة                                              | الفرع الأول   |
| 22 | القوانين النموذجية                                         | الفرع الثاني  |
| 22 | تجميع الأعراف وعادات التجارة الدولية                       | الفرع الثالث  |
| 22 | إبرام الاتفاقيات الدولية                                   | الفرع الرابع  |
| 22 | مساهمة الهيئات الدولية في توحيد قواعد التجارة الدولية      | المبحث الثاني |
| 23 | الهيئات الحكومية                                           | المطلب الأول  |
| 23 | لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI           | الفرع الأول   |
| 24 | المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص                         | الفرع الثاني  |
| 24 | مؤتمر لاهاي لتوحيد القانون الدولي الخاص                    | الفرع الثالث  |
| 24 | الهيئات غير الحكومية                                       | المطلب الثاني |
| 24 | غرفة التجارة الدولية CCI                                   | الفرع الأول   |
| 25 | اللجنة البحرية الدولية                                     | الفرع الثاني  |
| 25 | أهمية توحيد قواعد التجارة الدولية                          | المطلب الثالث |
| 25 | إيجابيات التوحيد                                           | الفرع الأول   |
| 26 | عواقب التوحيد                                              | الفرع الثاني  |
| 27 | أشخاص قانون التجارة الدولية                                | المحور الرابع |
| 27 | الأشخاص الفاعلين في مجال إنشاء قواعد قانون التجارة الدولية | المبحث الأول  |
| 27 | المنظمات الحكومية                                          | المطلب الأول  |
| 27 | منظمة الغات GATT                                           | الفرع الأول   |
| 27 | نشأة منظمة الغات                                           | أولا          |
| 24 | أهداف الغات                                                | ثانيا         |
| 28 | جولات منظمة الغات                                          | ثالثا         |
| 29 | نتائج مفاوضات جولة الاورغواي                               | الفرع الثاني  |
| 30 | تقييم جولة الأورغواي لمنظمة الغات                          | الفرع الثالث  |
| 30 | الايجابيات                                                 | أولا          |
| 30 | السلبيات                                                   | ثانيا         |
| 30 | المنظمة العالمية للتجارة OMC                               | المطلب الثاني |
| 31 | هيكلية المنظمة العالمية للتجارة                            | الفرع الأول   |
| 31 | المؤتمر الوزاري                                            | أولا          |

|    |                                                           |               |
|----|-----------------------------------------------------------|---------------|
| 31 | المجلس العام                                              | ثانيا         |
| 32 | الأمانة العامة                                            | ثالثا         |
| 32 | جهاز تسوية المنازعات ORD                                  | رابع          |
| 32 | الأجهزة المتخصصة                                          | خامسا         |
| 33 | المبادئ التي تقوم عليها المنظمة العالمية للتجارة          | الفرع الثاني  |
| 33 | مبدأ عدم التمييز بين دول الأعضاء                          | أولا          |
| 33 | مبدأ القيود الكمية واستبدالها بالرسوم الجمركية            | ثانيا         |
| 34 | مبدأ حسن النية                                            | ثالثا         |
| 34 | مبدأ الشفافية في المعاملات                                | رابعا         |
| 35 | مكافحة الإغراق والمساعدات الوطنية (الدعم)                 | خامسا         |
| 36 | مبدأ حماية حقوق الملكية الفكرية والأدبية                  | سادسا         |
| 36 | مبدأ المشاورات والمفاوضات التجارية في حل المنازعات        | سابعا         |
| 37 | أهداف المنظمة العالمية للتجارة                            | الفرع الثالث  |
| 37 | العضوية وشروط الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة       | الفرع الرابع  |
| 38 | لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI          | المطلب الثالث |
| 38 | التعريف باللجنة                                           | الفرع الأول   |
| 39 | عمل اللجنة                                                | الفرع الثاني  |
| 39 | الهيئات غير الحكومية                                      | المطلب الرابع |
| 39 | غرفة التجارة الدولية                                      | الفرع الأول   |
| 40 | اللجنة البحرية الدولية                                    | الفرع الثاني  |
| 40 | الأشخاص الفاعلين في مجال إبرام المعاملات التجارية الدولية | المبحث الثاني |
| 40 | الدولة                                                    | المطلب الأول  |
| 41 | الدولة عون اقتصادي (سلطة عامة)                            | الفرع الأول   |
| 41 | تمسك الدولة بسيادتها على ثرواتها                          | أولا          |
| 42 | تمتع الدولة بالحصانة السيادية                             | ثانيا         |
| 42 | الحصانة القضائية                                          | أ/            |
| 42 | الحصانة التنفيذية                                         | ب/            |
| 42 | حرية الدولية في تعديل شروط العقد                          | ثالثا         |

|    |                                                       |               |
|----|-------------------------------------------------------|---------------|
| 42 | الدولة عون اقتصادي خاص                                | الفرع الثاني  |
| 43 | تضييق نطاق تطبيق الحصانة السيادية                     | أولا          |
| 43 | في مجال الحصانة القضائية                              | أ/            |
| 43 | في مجال الحصانة التنفيذية                             | ب/            |
| 43 | حدود الدولة في تعديل شروط العقد                       | ثانيا         |
| 44 | احترام الحقوق المكتسبة                                | أ/            |
| 44 | الامتياز التشريعي                                     | ب/            |
| 46 | الشركات (طرف فاعل في مجال إبرام عقود التجارة الدولية) | المطلب الثاني |
| 46 | دور الشركات في مجال التجارة الدولية                   | الفرع الأول   |
| 46 | أهمية تحديد جنسية الشركة                              | الفرع الثاني  |
| 47 | القانون الواجب التطبيق على الشركة                     | الفرع الثالث  |
| 47 | معايير تحديد جنسية الشركة                             | الفرع الرابع  |
| 47 | معياري مكان التأسيس                                   | أولا          |
| 47 | معياري الرقابة                                        | ثانيا         |
| 48 | معياري مقر الإدارة                                    | ثالثا         |
| 48 | موقف المشرع الجزائري من معايير تحديد جنسية الشركة     | الفرع الخامس  |
| 50 | عقود التجارة الدولية (تعريفها، أنواعها، مفاوضاتها)    | المحور الخامس |
| 50 | مفهوم عقود التجارة الدولية                            | المبحث الأول  |
| 50 | تعريف عقود التجارة الدولية وإشكالية دولية العقد       | المطلب الأول  |
| 51 | المعيار القانوني                                      | الفرع الأول   |
| 52 | المعيار الاقتصادي                                     | الفرع الثاني  |
| 53 | أهمية عقود التجارة الدولية وأنواعها                   | المطلب الثاني |
| 53 | أهمية عقود التجارة الدولية                            | الفرع الأول   |
| 53 | أنواع عقود التجارة الدولية                            | الفرع الثاني  |
| 57 | المفاوضات في عقود التجارة الدولية                     | المطلب الثاني |
| 57 | ماهية التفاوض في عقود التجارة الدولية                 | الفرع الأول   |
| 58 | تعريف التفاوض في عقود التجارة الدولية                 | أولا          |
| 58 | خصائص المفاوضات في عقود التجارة الدولية               | ثانيا         |
| 58 | أهمية التفاوض في عقود التجارة الدولية                 | ثالثا         |

|    |                                                                |               |
|----|----------------------------------------------------------------|---------------|
| 59 | استراتيجيات التفاوض (التقنيات المتبعة أثناء العملية التفاوضية) | الفرع الثاني  |
| 59 | إستراتيجية الاستعلام                                           | أولا          |
| 59 | إستراتيجية التشدد                                              | ثانيا         |
| 60 | إستراتيجية الأخذ والعطاء                                       | ثالثا         |
| 60 | إستراتيجية الأمر الواقع                                        | رابعا         |
| 60 | إستراتيجية العدالة                                             | خامسا         |
| 61 | عوامل نجاح المفاوضات                                           | الفرع الثالث  |
| 61 | العوامل الشخصية                                                | أولا          |
| 61 | العوامل الفنية والموضوعية                                      | ثانيا         |
| 62 | لغة التفاوض                                                    | الفرع الرابع  |
| 62 | تنظيم المفاوضات في عقود التجارة الدولية                        | المبحث الثاني |
| 62 | الالتزامات التي يرتها التفاوض في عقود التجارة الدولية          | المطلب الأول  |
| 63 | الالتزام بحسن النية                                            | الفرع الأول   |
| 64 | الالتزام بالإعلام                                              | الفرع الثاني  |
| 64 | الالتزام بالتعاون                                              | الفرع الثالث  |
| 65 | الالتزام بالسري                                                | الفرع الرابع  |
| 65 | الالتزام بالاستمرار في المفاوضات                               | الفرع الخامس  |
| 66 | الالتزام بحظر المفاوضات الموازية                               | الفرع السادس  |
| 66 | الإعداد للمفاوضات                                              | المطلب الثاني |
| 66 | إعلان خطاب النوايا                                             | الفرع الأول   |
| 66 | تعريف خطاب النوايا                                             | أولا          |
| 67 | مضمون خطاب النوايا                                             | ثانيا         |
| 68 | صور خطاب النوايا                                               | ثالثا         |
| 70 | القانون واجب التطبيق على خطاب النوايا                          | الفرع الثاني  |
| 70 | القانون واجب التطبيق على الشكل                                 | أولا          |
| 70 | القانون واجب التطبيق على موضوع خطاب النوايا                    | ثانيا         |
| 71 | القيمة القانونية للاتفاقات ما قبل العقدية (المفاوضات)          | الفرع الثالث  |
| 71 | الطبيعة المادية للاتفاقات قبل العقدية                          | أولا          |
| 72 | الطبيعة العقدية للاتفاقات قبل العقدية                          | ثانيا         |

|    |                                                                        |               |
|----|------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 72 | التنظيم الإتفاقي للمفاوضات                                             | ثالثا         |
| 73 | عقود التجارة الدولية (إشكاليات تنفيذها، والقانون الواجب التطبيق عليها) | المحور السادس |
| 74 | إشكالات تنفيذ عقود التجارة الدولية                                     | المبحث الأول  |
| 74 | إعمال نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية                     | المطلب الأول  |
| 76 | مفهوم نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية                     | الفرع الأول   |
| 77 | شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة                                        | الفرع الثاني  |
| 80 | إعمال نظرية القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية                      | المطلب الثاني |
| 80 | تطبيقات المفهوم الموسع للقوة القاهرة                                   | الفرع الأول   |
| 80 | التعديل من آثار القوة القاهرة                                          | أولا          |
| 81 | تعداد الظروف المشككة للقوة القاهرة                                     | ثانيا         |
| 82 | آثار إعمال نظرية القوة القاهرة على تنفيذ عقود التجارة الدولية          | الفرع الثاني  |
| 82 | التوقف عن تنفيذ العقد والدعوة إلى مراجعته                              | أولا          |
| 83 | ملائمة العقد وفقا للظروف الجديدة (إعادة التفاوض)                       | ثانيا         |
| 84 | دور التحكيم في تطبيق مبدأ العدالة لوقف العقد من أجل ملائمة العقد       | ثالثا         |
| 84 | القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية                          | المبحث الثاني |
| 85 | إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة                              | المطلب الأول  |
| 85 | مضمون خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة                         | الفرع الأول   |
| 85 | أساس قانون الإرادة                                                     | أولا          |
| 86 | شروط اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية                     | ثانيا         |
| 87 | نطاق تطبيق قانون الإرادة                                               | الفرع الثاني  |
| 90 | حدود قانون الإرادة                                                     | المطلب الثاني |
| 91 | استبعاد قانون الإرادة لمخالفته النظام العام أو لغش نحو قانون القاضي    | الفرع الأول   |
| 92 | استبعاد قانون الإرادة لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري                 | الفرع الثاني  |
| 94 | تسوية نزاعات عقود التجارة الدولية                                      | المحور السابع |
| 94 | التسوية الودية لنزاعات عقود التجارة الدولية                            | المبحث الأول  |
| 95 | المفاوضات لحل نزاع عقود التجارة الدولية                                | المطلب الأول  |
| 95 | مفهوم المفاوضات                                                        | الفرع الأول   |

|     |                                                                        |               |
|-----|------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 95  | أهمية المفاوضات في حل نزاعات عقود التجارة الدولية                      | الفرع الثاني  |
| 96  | الصلح والتوفيق لحل نزاعات عقود التجارة الدولية                         | المطلب الثاني |
| 96  | مضمون الصلح والتوفيق                                                   | الفرع الأول   |
| 97  | تطبيقات الصلح والتوفيق في حل نزاعات عقود التجارة الدولية               | الفرع الثاني  |
| 98  | الوساطة في حل نزاعات عقود التجارة الدولية                              | المطلب الثالث |
| 98  | مفهوم الوساطة                                                          | الفرع الأول   |
| 99  | خصائص الوساطة                                                          | الفرع الثاني  |
| 99  | سير الوساطة                                                            | الفرع الثالث  |
| 100 | الخبرة في حل نزاع عقود التجارة الدولية                                 | المطلب الرابع |
| 100 | دواعي أعمال الخبرة لحل نزاعات عقود التجارة الدولية                     | الفرع الأول   |
| 100 | سير الخبرة                                                             | الفرع الثاني  |
| 101 | مدى إلزامية تقارير الخبير                                              | الفرع الثالث  |
| 102 | التسوية القضائية لنزاعات عقود التجارة الدولية                          | المبحث الثاني |
| 103 | تسوية النزاعات أمام القضاء الوطني                                      | المطلب الأول  |
| 103 | اختصاص القضاء الوطني لأحد المتعاقدين                                   | الفرع الأول   |
| 104 | اختصاص قضاء أجنبي عن المتعاقدين                                        | الفرع الثاني  |
| 105 | القانون واجب التطبيق عند طرح النزاع على القضاء                         | الفرع الثالث  |
| 106 | التسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي                                 | المطلب الثاني |
| 107 | مفهوم التحكيم التجاري الدولي                                           | الفرع الأول   |
| 108 | مزايا اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية            | الفرع الثاني  |
| 109 | أنواع التحكيم التجاري الدولي                                           | الفرع الثالث  |
| 110 | القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية أثناء التحكيم    | الفرع الرابع  |
| 110 | صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه                                            | الفرع الخامس  |
| 111 | تنفيذ الحكم التحكيمي                                                   | الفرع السادس  |
| 111 | موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود التجارة الدولية | الفرع السابع  |
| 113 | الخلاصة                                                                | /             |
| 114 | قائمة المراجع                                                          | /             |
| 120 | الفهرس                                                                 | /             |